Crim.
99d

6

Die Concessionalgerechtigkeits-Theorie des Strafrechtes

nebst

einer kurzen Darstellung und Beurtheilung der wichtigsten übrigen neuern Theorieen der Begründung des Strafrechtes

von

Dr. jur. A. Freytag.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Gotha,
bei Carl Gläser.
1846.

74. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Excellenz

Herrn Staatsminister und wirklichen Geheimenrathe

Dietrich Freiherrn von Stein

in tiefster Ehrerbietung

gewidmet

vom

Verfasser.

Vorrede.

Kein Theil der Criminalrechtswissenschaft, mit ewaiger Ausnahme der Lehre über die Todesstrafe, nimmt das Interesse so ungetheilt in Anspruch, keiner spricht vielleicht so gleichmäßig die jugendlicheren Gemüther als das gereiftere Alter, Juristen und Nichtjuristen an, keiner eignet sich aber auch in gleichem Grade zur philosophischen Speculation, als die Frage nach dem letzten Grunde und Zwecke der Strafe, welche das Feld der sogenannten Strafrechtstheorieen bildet. Daher der Vorzug, den dieses Thema durch wiederholte gründliche Bearbeitung namentlich seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts bei Philosophen, Juristen, ja selbst bei Theologen genossen hat. Nichts destoweniger ist aber das Resultat der dießfallsigen Forschungen insofern noch nicht mit dem gewünschten Erfolge gekrönt worden, als die verschiedenen Systeme der Begründung des Strafrechtes, leider zum Nachtheile für die Wissenschaft, eifersüchtig ihre Selbstständigkeit selbst bis in die neueste Zeit behauptet haben, und die Legislatoren, insofern sie nicht, wie in Würtemberg, dem Abschreckungs- oder Principe des psychischen Zwanges huldigten, um sich von den durch ein bestimmtes System gebotenen Grenzen freizuhalten, sich entweder gegen die Anerkennung eines solchen ausdrücklich verwahrt, oder wenigstens dessen Erwähnung vermieden haben. Ja häufig genug hat man sogar den praktischen Nutzen der theoretischen Forschungen nach dem höchsten Principe des Strafrechtes um deßwillen bestritten, weil es keinem Staate an einer über den Umfang des Strafgebietes, über Qualität und Quantität der Strafe für jedes Verbrechen entscheidenden Strafgesetzgebung mangele, nach welchem Rai-

sonnement freilich alle Philosophie vor müssiger Speculation nicht viel zum Voraus haben und gänzlich übersehen werden würde, daß die Kenntniß der aufgestellten Systeme bei der Auslegung des positiven Strafrechts, so wie einzelner Gesetze desselben von Wichtigkeit sein kann, weil sich nach dem ihnen zu Grunde liegenden Principe ihre Anwendbarkeit verschieden bestimmen lassen und ihre wirkliche Anwendung verschieden ausfallen wird. Man denke z. B. an die Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe. S. Welcker, über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 227 ff. und Wächter's Lehrb. I S. 187—191.

Der einzige sichtbare Vorschritt zur dereinstigen Vereinigung der Ansichten über unsern Gegenstand, welchen die jüngste Zeit gethan hat, möchte vielleicht darin bestehen, daß man sich immer mehr davon überzeugt hat, daß jede Strafe der Verschuldung des Verbrechers zu entsprechen, m. a. W. unter keinen Umständen die durch die Gerechtigkeit gebotenen Grenzen zu überschreiten habe. Dieß anerkennend, sehen auch die Pönitentiarier und Vertheidiger der Besserungsanstalten die von ihnen beabsichtigte Besserung hinwiederum nur als das einzige mit der Gerechtigkeit harmonirende Mittel an, die Strafe selbst nach und nach überflüssig zu machen, oder einen Zustand zu befördern, welcher der Idee des Rechts entspricht. Und daß man in der Regel weniger um die eigentlich rechtliche Seite der Strafe, als um die Erreichung des aufgefundenen Zwecks bekümmert war, hatte seinen natürlichen Grund darin, daß man sich einestheils von dem staatlichen Zustande nicht trennen konnte und wollte, oder sich auch wohl unbewußt in denselben versetzte und die Berechtigung, weil sie seit undenklichen Zeiten factisch bestanden, dem Staate ohne Weiteres zugestand, und daß, sobald man den Grund und Zweck der Strafe für identisch hielt, wozu man unwillkürlich kommen mußte, die

Nachweisung des Zweckes, weil er sich unmittelbar auf das Leben bezieht und in dasselbe eingreift, von größerer praktischer Wichtigkeit zu sein schien und vorzugsweise im Auge behalten wurde. Beide Gründe können aber das eingeschlagene Verfahren um deßwillen nicht rechtfertigen, weil die Realisirung der Rechtsidee als der Grund und Zweck der Strafe zwar auf solche Weise im Staatsverbande erleichtert wird, daß der Naturzustand, wenn er überhaupt je existirte, von demjenigen, welchem es um eine rechtliche Strafe zu thun wäre, baldmöglichst verlassen werden würde, daß aber diese Realisirung nicht vom Bestehen des Staates abhängig erscheint. Wäre dieß der Fall, so könnte überhaupt nur von einer relativen Theorie die Rede sein.

Die von dem Verfasser gewählte Einrichtung seiner Schrift, nach welcher er seiner eigenen Ansicht über das Recht zur Bestrafung die Aufstellung der wichtigsten Strafrechtssysteme und deren Würdigung von seinem Standpunkte aus folgen läßt, mag nicht etwa auf die Rechnung einer von ihm nicht gekannten Anmaßung oder Eitelkeit geschrieben werden, sondern sie deutet nur darauf, daß jene sowohl zum Gebrauche für angehende Juristen, welche sich mit dem in Rede stehenden Gegenstande näher zu unterrichten wünschen, als auch für das juristische Publicum überhaupt bestimmt ist, dem dadurch die Anschaffung der betreffenden, zum Theil kostspieligen, Litteratur erspart wird. Diejenigen Philosophen und Juristen aber, welche die gegenwärtig vorhandenen Theorieen am selbstständigsten entwickelt und gegen die Anhänger anderer Theorieen vertheidigt haben, fanden billig an der Spitze derselben, als ihre Repräsentanten, ihre Stelle, wodurch denn auch eine Verwirrung und Wiederholung bei dem häufigen Ineinandergreifen und Zusammenfallen der einzelnen Systeme vermieden werden sollte. Vorzugsweise wurden natürlich die inländischen Theorieen berücksichtigt

und die Ausführlichkeit ihrer Behandlung im Allgemeinen von ihrer Wichtigkeit und Eigenthümlichkeit abhängig gemacht. Daß aber diese sowohl, als die ausländischen Strafrechtstheorieen mehr nach denjenigen Seiten hin, auf welchen sie vielleicht Mängel und Schwächen an sich tragen, oder wenigstens von der hier vorzutragenden Lehre abweichen, als rücksichtlich derjenigen Principien und Momente, in denen dieß nicht der Fall ist, Erwähnung und Würdigung gefunden haben, möge seine Rechtfertigung in der Tendenz des Verfassers finden, dem Publicum eine neue Lehre zur Prüfung, Weiterbildung und zum allenfallsigen Gebrauche zu bieten, bei welcher es ihm lediglich um Erforschung der Wahrheit zu thun ist und die gegen die Ausstellungen der bisherigen Systeme durch unpartheiische Kritik und Wiederbeleuchtung der letztern möglichst gesichert werden sollte. Deßhalb glaubt denn auch derselbe der zuversichtlichen Hoffnung leben zu können, daß die Nichtbilligung anderer Meinungen für keine Nichtachtung ihrer Anhänger gehalten werden wird. Sollte demungeachtet aber in ein oder der andern Beziehung dem Verfasser nicht beigepflichtet werden, so gibt er im Voraus die Versicherung, daß er eine Belehrung dankbar entgegennehmen wird, und verbindet damit die angenehme Pflicht, den Verdiensten des Herrn Professor Hepp zu Tübingen um die Begründung des Strafrechtes, namentlich durch seine umfassende Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme, welche treffliche Bemerkungen enthält, so wie denen des Herrn Professor Köstlin, dessen Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts den Praktikern sowohl, als zum theoretischen Gebrauche nicht genug zu empfehlen ist, hierdurch die gebührende Anerkennung zu Theil werden zu lassen.

Gotha, zu Ende April 1846.

Der Verfasser.

Il-y-a deux genres de corruption; l'un, lorsque le peuple n'observe point les loix; l'autre, lorsqu'il est corrompu par les loix: mal incurable, parce qu'il est dans le remède même.

Montesquieu de l'esprit des loix T. I. Liv. VI. cap. XII. in fine.

Erste Abtheilung.

Die Concessionalgerechtigkeitstheorie der Strafe.

Erstes Kapitel.

Vom Rechte überhaupt.

Unter dem Rechte, dessen Existenz eine Person als Träger desselben nothwendig voraussetzt, ist zu verstehen: die Möglichkeit etwas zu thun, oder zu unterlassen, ohne dadurch seine, durch das Socialgesetz bestimmte Freiheit zu überschreiten, oder, insofern die Entstehung des Rechtes zugleich mit ins Auge gefaßt wird, das einer Person innerhalb des Freiheitsgebietes gemachte Zugeständniß des freien Ge- oder Nichtgebrauches ihrer Kräfte. Da nun ein jedes Zugeständniß eine Beziehung des Zugestehenden und dessen, dem etwas zugestanden wird, voraussetzt, ergiebt sich, daß der Begriff des Rechtes, mit dem jedoch die gestalt- und formlose Rechtsidee nicht verwechselt werden darf, rein relativer Natur ist, und

daß, wenn man ihn nach dem des Gesetzes bestimmt, wie auch von Welcker in seiner Schrift über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen 1813, S. 4 geschehen, dieser Auffassungsweise eine petitio principii zu Grunde liegt, weil kein Gesetz, welches über das Vorhandensein eines Rechtes zu entscheiden hätte, ohne rechtliche Beziehungen zweier Personen, oder ohne ein bereits bestehendes Rechtsverhältniß denkbar ist, abgesehen davon, daß sonst alles willkürlich durch das Gesetz Gebotene nicht nur formales, sondern auch materielles Recht sein müßte. Dagegen ist es unbestritten, daß nicht nur alle Rechte unter bestimmte Gesetze subsumirt werden können, sondern daß letztere auch, sobald sie in der Idee oder in der Wirklichkeit entstanden sind und der höchsten Rechtsidee entsprechen, über die Existenz der ihnen untergeordneten materiellen Rechte [1]) Aufschluß geben, resp. solche bestätigen. Das einem jeden Rechtsverhältnisse zu Grunde liegende Zugeständniß leuchtet bei denjenigen Handlungen, welche auf einen Rechtserwerb gerichtet sind, von selbst ein und ist bei diesen ebensowohl im Naturzustande als innerhalb des Staatsverbandes denkbar. Im Staate kann es entweder als Gesammtwille Aller, mithin seiner selbst, als Gesetz ausgesprochen, oder von jeder einzelnen in ihm lebenden Person gemacht werden. Es haben aber auch die Gesetze als Erwerbsgrund von Rechten die Persönlichkeit des Zugestehenden zu respectiren, so daß sie den Zwecken des Staates nicht geradezu widersprechen, noch auch über dessen Existenz irgendwie verfügen dürfen. In zweifelhafterem Lichte erscheint aber das unserer Annahme zufolge nothwendig erforderliche Zugeständniß bei denjenigen Rechten, welche durch die unerlaubte Handlung eines Dritten entstehen. Hier kann

---

[1]) Denn um formelle kann es sich hier, wo erörtert werden soll: ob das Recht der Bestrafung als ein materielles bestehe? nicht handeln.

zwar durch diese Handlung ein Rechtsverhältniß erzeugt werden, jedoch nicht unbedingt, sondern nur in so fern, als die Verletzung vom und im Staate als ein Zugeständniß, oder eine Handlung, wodurch Rechte begründet werden, betrachtet und anerkannt wird.

Es kann das Zugeständniß entweder ein stillschweigendes — dieß in dem Sinne, daß auf Seiten des Rechtgebenden eine Handlung, aus welcher auf dessen entsprechenden Willen nach den vorhandenen Umständen geschlossen werden kann, auf Seiten des zu Berechtigenden der bloße Wille genügt, der sogar fingirt werden kann — oder ein laut anerkanntes sein und darf, insofern es nicht auf eine gewisse Zeit beschränkt ist, oder an einem wesentlichen Defecte leidet, weder einseitig, noch auch durch dritte Personen wieder aufgehoben werden, dergestalt, daß alle spätern ihr entgegenstehenden Vereinbarungen, wenn sie nicht zwischen denselben Personen stattgefunden haben, ungültig und ohne Wirksamkeit auf das bestehende Rechtsverhältniß sind. [2])

Daß sowohl eine negative, als eine positive Definition des Rechtes gegeben wurde, rechtfertigt sich durch den doppelten Gesichtspunkt, welchen jedes Rechtsverhältniß darbietet. Auf Seiten des Berechtigten nämlich ist im Rechte die Nichtüberschreitung oder Nichtverletzung seiner Freiheit durch den Gebrauch oder Nichtgebrauch seiner Kräfte m. a. W. gewisser Handlungen oder Unterlassungen und deren Verein-

[2]) Dadurch erklärt es sich z. B., daß wer einmal einem civilisirten Staate angehört, weil er sich durch seinen Eintritt, welcher bei den im Staatsverbande zur Welt gekommenen Personen factisch vom Augenblicke ihrer Geburt, rechtlich aber erst vom Zeitpunkte ihrer Urtheilsfähigkeit und Verstandesentwickelung zu datiren ist, den im Staate geltenden rechtlichen Bestimmungen stillschweigend oder ausdrücklich unterworfen hat, einen Andern selbst in dem Falle nicht tödten darf, wenn ihm Letzterer seinerseits die Erlaubniß dazu ertheilt, oder ihn sogar dazu aufgefordert haben sollte, insofern dieß gesetzlich verboten ist.

barkeit mit der höchsten Rechtsidee — nach Bitzers neuerschienenem Systeme des natürlichen Rechtes: das Gebiet seiner absoluten Freiheit — auf Seiten dessen, auf welchen durch Ausübung des Rechtes direct oder indirect gewirkt werden kann, das Zugeständniß für den Berechtigten enthalten, den durch letzteres bestimmten Gebrauch seiner Kräfte zu machen. Begreiflicherweise wird ein solches Zugeständniß die natürliche menschliche Freiheit auf der einen Seite erweitern, auf der andern beschränken, oder wenigstens eine dieser beiden Modificationen herbeiführen müssen, weil es außerdem desselben nicht bedürfte, und es wird sich demnächst fragen, was überhaupt unter der natürlichen Freiheit des Menschen zu verstehen ist und in wie weit sich dieselbe erstreckt? [3])

Ein Recht wird sie, weil sie als einem Jeden angeboren von Andern nicht erst zugestanden zu werden braucht, nicht genannt werden können, so wie überhaupt ein sogenanntes ursprüngliches, ein durch die Geburt des Menschen erworbenes oder Ur-Recht, als welches sehr häufig ein Recht auf Glückseligkeit, ein Recht, das Leben so lange als möglich zu erhalten, oder zu leben überhaupt angenommen worden ist, dem strengen und juristischen Begriffe des Rechtes widerspricht.

Ohne — erworbene — Güter, bemerkt Richter ganz richtig, läßt sich eine berechtigte Person nicht denken. S. dessen philosophisches Strafrecht, Leipz. 1829. S. 136. Wenn deßhalb, was nicht zu leugnen ist, gewisse Rechte mit dem Augenblick der Geburt für das Kind entstehen, wie z. B. die

---

[3]) Mit Recht macht Hepp in seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme in der 2ten Abtheilung S. 237 darauf aufmerksam, daß sowohl der Rechtslehre, als der Moral die Idee der Freiheit zu Grunde liege, Feuerbach deßhalb irrigerweise eine solche nur für das Moral- nicht aber auch für das Rechtsgesetz in Anspruch nehme.

Cognation, Agnation oder die Succession, so liegt der Grund davon nicht sowohl in der Geburt, welche nur die Bedingung des Erwerbes ist, als vielmehr in dem dießfallsigen, auf dem Gemeinwillen beruhenden, vom Staate gemachten Zugeständnisse. Im Naturzustande sind deßhalb auch diese Rechte undenkbar. S. jedoch von Savigny's System des heutigen röm. Rechts §. 104 [4]). Es besteht vielmehr die natürliche menschliche Freiheit in der Unbeschränktheit in allen denjenigen Handlungen und Entschließungen, durch welche die menschliche Existenz, oder die Persönlichkeit überhaupt, oder die Erreichung wahrer Humanität irgendwie bedingt sind [5]), wäh-

---

[4]) Was man gewöhnlich als angeborne Rechte zu bezeichnen pflegt, sind theils Erfordernisse und Bedingungen der Rechtserwerbung selbst, wie das menschliche Leben, oder die Existenz einer juristischen Person, theils ursprüngliche Anlagen zu Zuständen, theils diese selbst, in die die möglichen Subjecte von Rechten mit und durch die Geburt kommen, wie die Freiheit, deren Störung oder Vernichtung in so fern eine Verletzung der Idee des Rechtes enthält, als das allgemeine Rechts- oder Coexistenzialgesetz in der menschlichen Freiheit seine Begründung, aber auch seine Beschränkung findet und nach deren Grundsätzen und Principien zu beurtheilen ist, und ähnlich verhält es sich auch mit dem sogenannten natürlichen Eigenthumsrechte. Denn wenn selbst die Vertheidiger desselben zugeben müssen, daß dasselbe unbestimmt lasse, auf welche Objecte es sich beziehe, und wie viel es deren gebe, so gestehen sie dessen Unwirksamkeit selbst zu; da aber das Wesen des Rechtes gerade in der Möglichkeit der Thätigkeit nach einer bestimmten Richtung hin, oder des Gebrauchs der Kräfte in dem vorgeschriebenen Umfange zu suchen ist, so ergiebt sich die Unhaltbarkeit auch dieses vermeintlichen Rechtes. Im Gegensatze von solchen Bedingungen und Zuständen charakterisiren sich die verschiedenen Rechte oder vielmehr das Recht in seiner mannichfaltigen Anwendung als das Product der Vernunft, welche sich nach den Verhältnissen und Umständen bald in höherem, bald in niederem Grade der Ausbildung im Rechte spiegeln wird. Vgl. Stahls Philosophie des Rechts II. Bd. Abth. I. S. 153 ff.

[5]) Daß die Freiheit im Allgemeinen nicht anders als negativ definirt werden könne und daß sie nichts anders sei, als Abwesen-

rend mit dem Rechtsbegriffe ebensowohl Handlungen in Verbindung gebracht und unter denselben subsumirt werden können, welche eine solche Beziehung nicht erfordern, oder auch gar nicht zulassen.

Aber neben dieser Erweiterung der Freiheit durch das Recht erleidet dieselbe auch eine Beschränkung in so fern, als das materielle Recht, soll anders die Rechtsidee im Leben verwirklicht werden, mit der aller Andern verträglich gedacht werden muß. Manche Rechtslehrer, namentlich auch Zachariä in seinen 40 Büchern vom Staate nennen die auf diese Weise determinirte Freiheit die rechtliche, als Unterabtheilung der äußern. S. auch Bergk, Philosophie des peinlichen Rechts, S. 15.[6]) Die dem Menschen angeborne äußere Freiheit — denn von der innern Freiheit, oder sittlichen Vollkommenheit handelt es sich gegenwärtig überhaupt nicht — kann nun zur Verwirklichung des Coexistenzialgesetzes gültig

---

heit von Beschränkungen, wird richtig bemerkt von Wippermann, Beiträge zum Staatsrechte I. Beitr. S. 32.

[6]) Dieser Schriftsteller nimmt S. 40 aus dem Grunde ein angebornes Recht der Freiheit an, weil der Mensch ohne diese Rechte überhaupt nicht erwerben könne, mit andern Worten, weil durch sie die Rechtsfähigkeit bedingt werde. Dieß ist aber um deßwillen nicht richtig, weil eine Person überhaupt, namentlich aber eine juristische nicht nothwendig Rechte erwerben muß, und so lange und so oft dieß nicht geschehe, das Recht der Freiheit gar keinen Sinn haben würde, während die natürliche Freiheit, auf deren Existenz es Bergk gerade anzukommen scheint, als ein durch die Erscheinung des Menschen factisch gebotener und von derselben untrennbarer Zustand nicht bestritten werden kann oder soll. Da ferner, wie später gezeigt werden wird, der Genuß eines jeden Rechtes nur in solchen Handlungen oder Unterlassungen besteht, welche sich auf das äußere Verhältniß der Wechselwirkung beziehen, so würde nach der Bergkschen Annahme die Ausbildung der körperlichen und geistigen Anlagen, insofern sie sich nicht als äußere Erscheinung ankündigte und zugleich eine fremde Person berührte, von dem Gebiete der natürlichen Freiheit ausgeschlossen sein, was unmöglich zugegeben werden kann.

und wirksam auf der einen Seite so weit erweitert und andererseits so weit aufgegeben werden, als dieß der Persönlichkeit des Menschen unbeschadet gedenkbar ist, mithin ist auch die Sphäre des Rechtes durch keine engern Grenzen als durch die der menschlichen Natur beschränkt [7]).

Hier erlauben wir uns die Definitionen einiger der bedeutendsten Juristen anzuführen:

von Savigny bezeichnet das Recht in seinem Systeme des heutigen römischen Rechtes, Bd. 1, S. 7, als eine Macht oder ein Gebiet, worin der Wille eines bestimmten Subjectes mit unserer Einwilligung herrsche, allein dem kann um deßwillen nicht unbedingt beigepflichtet werden, weil von ihm auf die Grenze, an welche die Einstimmung, mithin auch das Recht gebunden ist, keine Rücksicht genommen wird.

Viel Schein hat wegen ihrer Kürze und Präcision die von Mühlenbruch des Pandectenrechts §. 1 gewählte Definition des Rechtes im subjectiven Sinne, als: die dem Rechtsgesetze angemessene Handlungsweise für sich, allein es setzt dieselbe die Kenntniß des Rechtsgesetzes, mithin auch des Rechtes selbst voraus, sodann ist aber auch das Recht sehr wohl außer in der unmittelbaren Verbindung mit gewissen Handlungen oder Unterlassungen denkbar, weil bekanntlich ein Recht existiren kann, ohne je in Ausübung gebracht worden zu sein, was nach der Mühlenbruchschen Definition, welche es lediglich als eine Eigenschaft bezeichnet, unmöglich angehen würde.

Grolmann nennt das Recht des Menschen dasjenige, was er ungehindert von Andern thun darf, allein abgesehen davon, daß das Recht selbst nie aus Handlungen bestehen, sondern durch dieselben nur zur Erscheinung kommen kann, so ist diese Definition auch um deßwillen zu weit, weil sie

---

[7]) Es bedarf jedoch kaum einer Erwähnung, daß dieß nicht etwa auch von der Moral behauptet werden kann.

ebensowohl auf moralische, als rechtliche Handlungen anwendbar sein würde, denn was die Sittenlehre gebietet, das kann von der Rechtslehre nicht verboten werden, da das sittlich Nothwendige unmöglich eine Rechtsverletzung enthalten kann. Grolmann: über die Begründung des Strafrechts, S. 5.

Wenn aber, wie sich Heffter in seinem Lehrbuche des gemeinen deutschen Criminalrechts S. 8 ausdrückt, das Recht nichts anders als das bestimmte gemeinsame Bewußtsein der Menschen von der Summe und dem Maaß der gegeneinander nothwendig zu beobachtenden, daher auch erzwingbaren Pflichten — das erzwingbare Sittliche in äußeren Lebensverhältnissen — wäre, so könnte ein Recht im bewußtlosen Zustande, wie z. B. im Schlafe, nicht forteristiren, abgesehen davon, daß es nicht bloß seiner Entstehung, sondern auch seiner Fortdauer nach stets von dritten Personen oder Nichtberechtigten abhängig erschiene, was um deßwillen nicht angenommen werden darf, weil ein Recht durch die Nichtanerkennung oder Unkenntniß desselben oder der demselben correspondirenden Pflicht an sich nicht aufgehoben wird.

Zachariä S. 54 der vierzig Bücher vom Staate nennt das Recht „den Inbegriff der praktischen Gesetze, welchen die äußere Freiheit der Menschen gegenseitig, weil und inwiefern sie von der innern gefordert wird, unterworfen ist", was freilich in dem Sinne verstanden werden muß, daß dergleichen Gesetze den Rechtsbegriff als bereits bestehend voraussetzen lassen und daß sie deßhalb nicht sowohl über das Wesen, als über das Vorhandensein des Rechtes Aufschluß geben. Dieß scheint auch Zachariä gefühlt zu haben, wenn er weiter fortfährt: „Ein Recht ist die Zulässigkeit, eine Rechtspflicht die Nothwendigkeit einer Handlung zu Folge des Rechtsgesetzes. Eine Rechtspflicht als Gegenstand eines Rechts betrachtet, ist eine Rechtsverbindlichkeit."

Es dürfte ferner, um alsbald die Controverse, ob im Rechte ein Zwang enthalten sei, mit zu beseitigen, der An-

sicht derjenigen Schriftsteller, wie z. B. Schmid in seinem philosophisch = juridischen Versuche über den Urgrund des Strafrechtes S. 10, welche den Begriff des Zwanges gegen alle unrechtmäßige Gewalt in den des Rechtes legen, nicht zu huldigen sein, weil der Zwang nur zufällig und, sobald sich ein Hinderniß bei Ausübung des Rechtes zeigt, zur Realisirung desselben nothwendig wird und weil derselbe ein empirischer Begriff ist, der nicht ursprünglich in der Vernunft gelegen haben kann. So hat auch das römische Recht, wie Scheidler bemerkt, die Erzwingbarkeit der Rechtsansprüche keineswegs als wesentliches Merkmal des Rechts, sondern dieses als auf freier Achtung des Guten oder auf Sittlichkeit beruhend angesehen und unter seine drei höchsten Rechtsprrincipien das Sittengebot honeste vive aufgenommen. Wird der Berechtigte bei Ausübung seines Rechtes gehindert und ist derselbe nicht im Stande, letzterem auf dem Wege des Zwanges Geltung zu verschaffen, so liegt der Grund davon in einem außer der Sphäre des Berechtigten und Verpflichteten liegenden rechtswidrigen Zustande, und dieß ist gerade ein Beweis dafür, daß der Zwang nur als, durch die Erfahrung gerechtfertigt, mit jedem Rechte zweckmäßig verbunden, jedoch außerhalb desselben liegend gedacht werden muß. Demgemäß pflegen denn auch sämmtliche Rechte von der Gesetzgebung mit gutem Grunde und da sie an sich, d. h. wenn ihnen ein Zwang nicht zur Seite stände, von sehr untergeordneter Bedeutung sein würden, als erzwingbar ausdrücklich anerkannt zu werden, weßhalb man allerdings behaupten kann, daß im Staate jedes Recht auf dem Wege des Zwanges realisirt werden könne. Henrici über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincipes, ed. III, 1844, S. 12. Siehe auch S. 23, 25 u. ff., woselbst dieser Schriftsteller mit Recht bemerkt, daß sich der Zwang auf den angeblich formalen Höhen des Rechtsgebietes nicht halten könne, weil er nichts Anderes als Nöthigung durch

physische Uebermacht und beide Begriffe schlechthin materiell oder empirisch seien und daß dem Rechtsbegriffe nur vermittelst der empirischen Beobachtung im Fortgange der Wissenschaft der Nebenbegriff des Zwanges angehängt worden sei.

Fragt es sich, ob eine Handlung das Prädicat einer gerechten, oder vielmehr rechtlichen verdiene oder nicht, so sehen wir uns genöthigt, eine unbestimmbare, der höchsten Idee des Rechtes entsprechende Menge von Regeln und Normen zu supponiren, welche unser Urtheil dabei leiten sollen, ob für den Handelnden resp. Unterlassenden das im Rechte enthaltene Zugeständniß des freien Ge- oder Nichtgebrauches seiner Kräfte im concreten Falle vorhanden ist, und so gelangt man zum Begriffe des sogenannten objectiven Rechtes, als der Totalität dieser Regeln selbst [8]). Freilich wurde dabei schon angedeutet, daß das Recht nicht etwa als aus solchen Regeln zusammengesetzt angesehen und gewissermaaßen wieder in dieselben zergliedert und aufgelöst werden kann, denn dadurch würde es eine Verkörperung erfahren, deren der menschliche Geist nur bedarf, um sich eine richtige Vorstellung von demselben zu machen [9]). Dieß ergiebt sich auch

---

[8]) Es soll übrigens die von den meisten Juristen gemachte Unterscheidung des Rechtes in subjectives und objectives um deßwillen nicht adoptirt werden, weil beide Ausdrücke nur eine einseitige Anschauung desselben enthalten; mit gleichem Grunde könnte man auch von einem Rechte vom Standpunkte der Moral, Philosophie u. s. w. reden, und daß dieß bisher nicht in demselben Grade geschehen, hat lediglich seinen Grund darin, daß das Recht erfahrungsmäßig unter den beiden, obiger Eintheilung zu Grunde liegenden, Gesichtspunkten bei Weitem am häufigsten zur Anschauung kommt dergestalt, daß nach dem Sprachgebrauch die Gesammtheit der existirenden Rechtsbestimmungen ebenfalls mit dem Worte Recht bezeichnet zu werden pflegt.

[9]) Damit steht jedoch nicht im Widerspruch, daß sich das Recht unter bestimmten Formen darstellen läßt und zu allen Zeiten dargestellt worden ist; dieß sind z. B. symbolische Handlungen, Rechtsgewohnheiten, hauptsächlich aber die positiven Gesetze.

schon daraus, daß die Zahl der überhaupt möglicher Weise existirenden Rechtsregeln oder Normen unbestimmbar ist und man sich deren erst bewußt wird, wenn sie wirklich zur Anwendung kommen, oder wenigstens mit einem Falle, in welchem sie ihre Anwendung gefunden haben, oder finden werden, in Verbindung gebracht werden können. Das ideelle Recht ist vielmehr, auch wenn man es als Prädicat einer bestimmten Thatsache auffassen wollte, als etwas Ungetheiltes und durchaus Untheilbares anzusehen, so daß man streng genommen weder von vollem, vollkommenem noch von einigem Rechte und dergleichen reden sollte, wiewohl es stets nur in einseitiger Richtung Anwendung und Anerkennung findet. Man würde deßhalb irren, wenn man es, weil es sich in den verschiedensten Handlungen und Formen äußern kann und weil die Objecte des Rechtes von der mannichfaltigsten Art sein können, für theilbar und seinem Wesen nach unterscheidbar halten wollte, indem es im concreten Falle nur die das selbstständige Moment eines Zugeständnisses enthaltende Erscheinungsform einer Handlung bildet. Nicht zu leugnen ist es aber, daß durch den Sprachgebrauch und nach der vulgären Vorstellungsart, wonach beständig von verschiedenen Rechten die Rede ist, je nachdem sich die im Rechte enthaltene Möglichkeit zur Vornahme von Handlungen auf mehr oder weniger verschiedene Weise äußern kann, die Annahme der Theilbarkeit sanctionirt ist. So redet man von besonderen Besitzes- und Eigenthumsrechten, will aber damit nichts bezeichnen, als einzelne Ausflüsse und Merkmale des Besitzes oder des Eigenthums selbst, die natürlich auch einzeln und selbst in der Form von Rechten veräußert und aufgehoben werden können. Vergl. Schmid über den Urgrund des Strafrechts, S. 43, Augsburg 1801. Ja wenn man diese Ausflüsse auch selbst als wirkliche Rechte gelten lassen will, so sind sie dennoch nicht dem Wesen nach, weil jedes die Möglichkeit, etwas ohne Ueberschreitung der Freiheit zu

thun, ertheilt, sondern nur der Form nach, d. h. nach der Weise, wie sich diese Möglichkeit äußert, verschieden.

Was nun ferner die Entstehung des Rechtes in abstracto betrifft, so liegt die eigentliche Quelle lediglich im menschlichen Geiste und resp. der Vernunft, welche allein über das Wesen, den Umfang und die Grenzen des Coexistenzialgesetzes Aufschluß gibt. Von der unvollkommensten Stufe bildet es sich in dem Bewußtsein des Volkes gleich der fortschreitenden Menschheit in steter Entwickelung aus; wie aber der Mensch zu den ersten Rechtsbegriffen gekommen und wodurch dieses oder jenes Rechtsgesetz vermittelt worden ist, darüber würde man vergebens nachforschen. Es würde dieß auch ohne praktische Wichtigkeit sein, weil jedem Menschen, dessen Urtheilsfähigkeit vorausgesetzt, das Gefühl für das Rechte und Unrechte angeboren ist, wogegen allerdings derselbe sich eines solchen Gefühles erst dann bewußt wird, m. a. W. die Idee des Rechtes sich Geltung verschafft, sobald Beziehungen, Verhältnisse und Fragen entstehen, welche eine rechtliche Beurtheilung zulassen. Dergleichen Verhältnisse sind aber erst in der Verbindung einer Person mit einer oder mehreren andern denkbar, so daß der Mensch gegen sich selbst weder rechtlich noch unrechtlich handeln kann [10]).

---

[10]) Darüber ist zu vergleichen Abegg, welcher sich in den verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte S. 8 folgender Maaßen über die Entstehung des Rechts ausdrückt: „Recht und dessen weitere Folgen und Gestaltungen, Staat, Strafe ꝛc. sind nicht Gegenstände einer verständigen Aussinnung, als deren Ergebnisse sie hinterher eingeführt und angenommen worden wären, sondern sie sind, indem die Idee sich ein ihr angemessenes Dasein in der Zeit zu geben bestrebt, vorhanden, ehe das Denken auf dem Standpunkte fortgeschrittener Bildung sich die Aufgabe setzt, jenes unmittelbar Existirende in seiner Berechtigung, seinem nothwendigen Begriffe darzustellen und so, wie es die Aufgabe der Wissenschaft ist, es zu einem Vermittelten zu machen."

Im concreten Falle entsteht ein jedes Recht durch die gegen eine Person ausdrücklich erklärte oder mit logischer Nothwendigkeit anzunehmende Gestattung des freien Gebrauchs oder Nichtgebrauchs ihrer Kräfte der dieß innerhalb des Freiheitsgebietes zugestehenden Person gegenüber, meistens durch Verträge, wiewohl nicht immer, weil schon die innere Uebereinstimmung sowie ein bloßes Zugeständniß genügen kann. Die Entstehung und Erwerbung eines solchen bestimmten Rechtes ist aber nur dann möglich, wenn eine Uebereinstimmung des freien Willens des Rechtgebenden mit dem des Rechtnehmenden hinsichtlich des dem Rechte zu unterwerfenden Objectes denkbar und wirklich vorhanden ist. Demnach läßt sich der Umfang des Rechtsgebietes dahin bestimmen, daß alle diejenigen Güter Rechtsobjecte werden können, welche dem vernünftigen Willen des Menschen unterworfen und von ihm abhängig sein können. Und insofern ist auch alles veräußerlich, dessen Entziehung die Persönlichkeit des Rechtgebenden nicht aufhebt. Das menschliche Leben, als wirkliches essentiale der Persönlichkeit, kann deßhalb nicht mit unter die veräußerlichen Güter aufgenommen werden, so daß weder der Staat, noch eine andere Person einen rechtlichen Anspruch darauf erwerben kann. Das Heraustreten des Rechtgebenden aus der Persönlichkeit, welches in seiner einen Anspruch auf sein Leben begründenden Handlung liegen müßte, würde schon um deßwillen widersinnig sein, weil er so lange Person bleibt und bleiben muß, als er sich überhaupt noch am Leben befindet. Dieß führt nicht nur zur unbedingten Verwerfung der Todesstrafe, sondern auch zu der weitern Behauptung, daß ein Recht zur Tödtung eines Menschen überhaupt nie erworben werden kann.

Sehr scharfsinnig und treffend sind auch die Bemerkungen von Savigny in dessen System Bd. I, §. 7 über die allgemeine Entstehung des Rechts.

Denn was namentlich die Nothwehr betrifft, so ist in ihr ein wirkliches Recht, welches ohne eine Uebereinkunft oder Zugeständniß nie entstehen kann, nicht enthalten, indem vielmehr nur der vom Nothstande freilich wieder verschiedene Zustand, in welchem sich Jemand im Falle der Nothwehr befindet, ein wirkliches Unrecht: die Tödtung, oder Verwundung des Angreifers entschuldigt, rechtfertigt und deßhalb Straflosigkeit erwirkt. Billigung und Schutz aber verdient die Nothwehr um deßwillen, weil sie dem Coexistenzialgesetz entspricht und dieses in seiner höchsten Vollendung die Erzeugniß aller einzelnen Rechte, welche wegen der Unvollkommenheit der Menschennatur häufig collidiren müssen, entbehrlich macht. Ueber die Lehre von der Nothwehr vergleiche man die lichtvolle Darstellung in Köstlins Neuer Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, §. 188 bis 191 und die daselbst angeführten Schriftsteller [11]).

Dem Rechte correspondirt jederzeit eine Pflicht derer, auf welche durch Ausübung desselben eingewirkt werden kann, sei dieß die allgemeine Pflicht aller Menschen, das Recht nicht zu verletzen und ihm nicht zuwiderzuhandeln, oder die besondere bestimmter Individuen, den gemachten Anforderungen des Berechtigten zu entsprechen, so daß sich die Pflicht selbst als eine Verbindlichkeit oder innere Nöthigung zu einer

---

[11]) Allein wie verhält es sich bei der Perforation? Ganz ähnlich; ein Recht zur Tödtung des Kindes im Mutterleibe hat der Arzt oder Geburtshelfer ebenfalls nicht, er kommt aber zu einer Art des Nothstandes, in welchem die Gebärende sich befindet und die Tödtung des Kindes zu Ehren des Coexistenzialgesetzes erlaubt und geboten sein muß. Der Arzt, sagt Zöpfl richtig, erscheint hier in der Rolle eines Menschen, welcher einer im äußersten Nothstand befindlichen Person beispringt und ist daher nach Analogie der von der Nothwehr geltenden Grundsätze wegen der Perforation straflos, weil diese unter den gegebenen Umständen als das einzige Mittel zur Rettung des Lebens der Mutter erscheint.

Handlung oder Unterlassung, oder als Correlat des Rechtes streng genommen als Verbindlichkeit zur Zulassung des von einem Andern, dem Berechtigten, zu machenden freien Gebrauches seiner Kräfte charakterisirt. Im Rechte ist stets ein Dürfen, in der Pflicht ein Sollen enthalten, im Gegensatze der absoluten Nothwendigkeit, welche die menschliche Willensfreiheit aufheben würde [12]). Dieses Dürfen bezieht sich aber sowohl auf positive Handlungen, was der bei Weitem häufigere Fall ist, als auf bloße Unterlassungen; denn daß auch bloße Ommissivhandlungen den Namen von Rechten verdienen, dafür findet man in dem Privilegium der Steuer- und Abgabenfreiheit gewisser Volksclassen, in dem Rechte der Unterthanen in constitutionellen Staaten, die Entrichtung der Steuern zu verweigern, wenn sie nicht auf dem verfassungsmäßigen Wege ausgeschrieben sind, allbekannte Beispiele.

Dagegen findet der Rechtsbegriff eine in der obigen Definition bereits angedeutete Beschränkung in dem gleichzeitigen Vorhandensein mindestens zweier Personen, dergestalt, daß im Falle ein Individuum auf ein anderes handelnd einwirkt, ein eigenes selbstständiges Interesse auf der einen Seite dennoch aber nicht stattfindet, was z. B. bei den aller Persönlichkeit entbehrenden römischen Sclaven der Fall war, von einem Rechte des Letztern keine Rede sein kann, so wie auch ein von Menschen erzeugtes monstrum, weil ihm ebenfalls keine Persönlichkeit zukommt, aller Rechtsfähigkeit entbehrt.

Hiernächst bliebe noch etwas über das Verhältniß des Rechtes zu der Moral zu sagen übrig. Wiewohl jede widerrechtliche Handlung zugleich auch eine unmoralische oder unsittliche ist, insofern sie den Bruch einer vorhergetroffenen Uebereinkunft, oder die Anmaßung etwas nicht Zugestande-

---

[12]) Vergleiche darüber Henrici über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincipes ed. III, pag. 8 seqq.

nen und nicht Zustehenden voraussetzt, so würde es umgekehrt ein Fehlschluß sein, daß jede unmoralische eine widerrechtliche Handlung sei. Daraus ergibt sich, daß man in dem Rechte keinen Gegensatz von der Sittlichkeit erblicken darf [13]). Ebenso unzweifelhaft ist es aber auch, daß man dasselbe nicht identisch mit der Moral und nur als etwa dem Umfange nach unterscheidbar auffassen darf. Dieß ist gewissermaßen von Hepp in seiner Vorrede zur Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme S. 12 geschehen, wo er das Recht als das nach den äußeren Bedürfnissen der Menschen beschränkte Sittliche bezeichnet, also leugnen müßte, daß eine rechtlich erlaubte Handlung eine wirkliche Verletzung der Moralität enthalten könne. Siehe auch Köstlin Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts S. 21. Der Begriff der Moral, der freilich weit umfassender als der des Rechtes ist, ist der der Wissenschaft der Principien für unser Handeln, oder der Wissenschaft unserer Pflichten. Sie beschäftigt sich mit der Entwickelung und Ausbildung der inneren Freiheit des Menschen überhaupt, sie erfordert Reinheit der Gesinnung und Adel des Herzens, während sich das Recht nur auf das äußere Verhältniß der Coexistenz und Wechselwirkung beschränkt und die Normen und Regeln aufstellt, unter welchen die Freiheit des Einen mit der Freiheit eines und aller Andern bestehen kann. Danach bestimmt sich denn auch die Sphäre für alle nur erdenklichen rechtlichen Handlungen [14]). Beim Rechte kommt es

---

13) Stahl nennt das Recht mit seinen Verhältnissen den leiblichen Träger des Reiches Gottes und dessen geistige Beziehung die Sittlichkeit. S. dessen Philosophie des Rechts S. 117 in der ersten Abtheilung des II. Bandes.

14) Die Moral ist deßhalb von der Coexistenz mehrerer Personen in so fern ganz unabhängig, als auch der Einzelnstehende vollkommen moralisch leben kann, ein Recht aber gibt es für einen solchen gar nicht.

nur auf die Uebereinstimmung einer Handlung mit der dießfalls getroffenen Uebereinkunft, mit dem innerhalb des Freiheitsgebietes gemachten Zugeständnisse, oder dem diesem entsprechenden Gesetze der Vernunft an, ohne Rücksicht darauf, welche Triebfeder eine solche Handlung veranlaßte; die Moral aber verlangt, daß lediglich die Achtung vor der Vernunft, die Reinheit der Gesinnung den Grund und die Quelle der menschlichen Handlungen bilden. Da aber die Moral fordert, daß eine getroffene, den Gesetzen der Vernunft conforme, Uebereinkunft nicht einseitig aufgehoben werde, findet das Recht seine letzte Begründung und Stütze in derselben, so daß alle Rechtspflichten zugleich als Gewissenspflichten geboten sind, da, wie schon erwähnt, ihre Nichterfüllung eine Verletzung der Sittlichkeit sein würde.

Zweites Kapitel.

Von der Strafe.

Bevor wir von dem Rechte überhaupt zum Strafrechte insbesondere übergehen, macht es sich nöthig, sich darüber zu verständigen, was unter der Strafe zu verstehen ist. Diese ist im weiteren Sinne des Wortes jede den Uebertreter eines Rechts- oder Sittengesetzes treffende nachtheilige, durch Gesetz oder Privatübereinkunft [1]) bestimmte Folge, ohne Unterschied, ob eine solche Folge bloß in einer Nichtigkeit des Geschehenen [2]) oder in einer Entschädigungsverbindlichkeit, oder in einem besonderen Nachtheile besteht. Von Grolman wird sie als ein sinnliches Uebel, welches den Menschen wegen seiner Verschuldung trifft, bezeichnet.

[1]) Aus welcher z. B. die sogenannten Conventionalstrafen herzuleiten sind. Conf. §. ult. J. de V. O. III. 16 l. ult. D. de eo, quod certo loco XIII, 4. l. un. C. de his quae poenae nomine in testament. vel cod. rel. VI, 41.

[2]) l. 5. C. de leg. I, 14.

Nach dem vulgären Sprachgebrauch versteht man darunter ein Uebel, welches Jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens von Demjenigen zugefügt wird, dessen Aufsicht oder Gewalt derselbe unterworfen ist, oder zu dem er wenigstens in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse steht; so strafen z. B. die Eltern ihre Kinder, so straft der Lehrer seine Schüler, der Herr seinen Knecht oder Sclaven, der Geistliche seine Parochianen, so straft auch der Staat seinen Unterthan, während z. B. ein Schüler seinen Mitschüler, weil sie in keinem Subordinationsverhältnisse zu einander stehen, nicht, wohl aber Lehrer und Vater seinen Schüler resp. Sohn wegen des nämlichen Vergehens strafen kann. In diesem generellen Sinne der Strafe ist auch der Begriff der Züchtigung, worunter man der Etymologie dieses Wortes zufolge die hauptsächlich bei der Erziehung in Anwendung kommenden Coercitivmaaßregeln versteht, mit in der Strafe enthalten. Ueber die Bedeutung der in der griechischen, römischen, hebräischen und deutschen Sprache für die Strafe gebräuchlichen Ausdrücke finden sich schätzenswerthe Nachweisungen in Welckers letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe, S. 133 ff., und Abichts Lehre von Belohnung und Strafe, S. 12.

Dagegen nennt man im rechtlichen Sinne, juristisch Strafe: dasjenige Uebel, welches Jemand wegen Verübung eines Vergehens, oder Verbrechens im Interesse der Idee des Rechtes zugefügt wird, oder die rechtliche Gegenwirkung einer solchen unerlaubten Handlung.

Ein Uebel [3]) muß die Strafe also jedenfalls enthalten; ob aber die Entziehung eines bestimmten Gutes für ein Uebel zu halten sei, darüber entscheidet die gesetzgebende Gewalt des Staates nach der gewöhnlichen Vorstellungsart,

[3]) Dieses besteht aber hier in der Entziehung eines Gutes, auf welches die allgemeine Vorstellung Werth zu legen pflegt.

weßhalb, falls der Verbrecher die verwirkte Strafe nicht als Uebel sondern vielleicht im Gegentheil als eine Wohlthat ansieht, der Begriff der Strafe nicht aufgehoben und diese dadurch noch nicht unbedingt unanwendbar auf den Verbrecher wird. Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1838. S. 277. Roeder commentatio de quaestione, an poena malum esse debeat. Gießen, 1839 [4]). Richter (Philosophisches Strafrecht, S. 140) leugnet zwar, daß die Strafe an sich ein Uebel, weil dieses Unvollkommenheit sei und eine solche durch das Recht mit Nothwendigkeit hervorzubringen, dem Wesen des Rechtes und Staates widerspreche, gibt jedoch, die Erfahrung im Auge behaltend, gern zu, daß die Strafe bei dem Mangel an vernünftiger Einsicht und bei deren unvernünftiger Auffassung als Uebel erscheine, wenn er S. 143 fortfährt: „Jedoch leugnen wir damit nicht, daß die Strafe zufällig zu einem Uebel werden könne, ja daß die Entziehung eines Rechtes oder Gutes durch Strafe ein Uebel werden müsse, wofern der Bestrafte die Nothwendigkeit der Strafe nicht einsieht." Auch kann man mit Tittmann (Handbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 26) das in der Strafe enthaltene Uebel in so fern noch specieller als ein sinnliches bezeichnen, als eine Einwirkung auf den Uebertreter eines Gesetzes lediglich durch seine Sinne bedingt ist und wahrgenommen werden muß, es ist aber zu Vermeidung einer andern Auffassung bei obiger Definition nicht geschehen, indem das Sinnliche oft homonym mit dem Körperlichen gebraucht wird, wodurch wenigstens die Geld- und Vermögensstrafen unbedingt ausgeschlossen wären. Ja streng genommen läßt sich nicht einmal behaupten, daß die Wirkung der Ehren- und Freiheitsstrafen, welche letztere kein System des Straf-

[4]) In solchen Fällen wird aber zuweilen die Vertauschung einer angedrohten Strafe mit einer andern gleich oder minder schweren durch die Criminalpolitik gerechtfertigt und anbefohlen.

rechts für durchaus unzulässig erklärt hat, sinnlich empfunden werde. Daß das die Strafe bildende Uebel im Interesse der Rechtsidee zugefügt und resp. erlitten werde, will aber weiter nichts sagen, als daß die Zufügung der Strafe, die Berechtigung hierzu vorausgesetzt, nicht etwa durch besondere, vielleicht selbst zufällige Umstände, wie z. B. durch einem Andern durch das Verbrechen verursachte Nachtheile, oder durch Stiftung eines Schadens, betreffe solcher auch den Staat selbst, überhaupt durch einen dadurch zu erzielenden Vortheil eines Einzelnen, eines Volkes, eines Staates, des Beleidigten oder Beleidigers geboten werde, sondern vielmehr als Realisirung der dem Menschen angebornen, im Volksgeiste fortlebenden Idee des Rechtes resp. durch letztere erklärt und nicht nur als zulässig, sondern auch als nothwendig dargethan wird. Dabei ist es zwar gleichgültig, auf welche Weise und unter welcher Form sich diese Idee offenbart, da aber der Staat, insofern er die Rechte aller seiner Unterthanen in Schutz nimmt und nehmen soll, gewissermaaßen als Repräsentant der Idee des Rechtes selbst erscheint, so könnte man, wenigstens ohne gegen die Erfahrung zu verstoßen, das gemeine Beste oder das Interesse des Staates statt dessen der Idee des Rechtes mit in den Begriff der Strafe hineinlegen. S. Ludens Vorrede zur Genesis des Strafrechts von Romagnosi S. 56. ff.

Vom Rechtsgrunde und Zwecke der Strafe, sowie von ihrer Anwendung handelt das vierte Kapitel, hier finde nur noch die Bemerkung Platz, daß unter den die Strafe veranlassenden verbrecherischen Handlungen nicht allein vollendete Verbrechen oder Vergehen verstanden werden dürfen, sondern daß auch der Versuch zu denselben in so fern hinreicht, als sie schon an sich Uebertretungen von Rechts- und Strafgesetzen, wenn auch minderen Grades, involviren, oder sonst einen Angriff auf das Coexistenzialgesetz enthalten. Eine der verbrecherischen Handlung vorausgehende Bestra-

fung würde sich aber nur rechtfertigen lassen, wenn erstere mit unumstößlicher Gewißheit vorausgesehen werden könnte, was bei der menschlichen Willensfreiheit rein unmöglich ist. Für die Fälle, wo Verletzungen öffentlicher oder Privatrechte nach Wahrscheinlichkeit bevorstehen, gibt es gewisse Sicherungsmittel, welche aber gar nicht in das Rechtsgebiet gehören, sondern der Polizei anheimfallen. Vgl. Heffters Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechtes §. 110. So wie sich nun aber die Strafe ihrem Begriffe nach

1) von diesen Sicherungsmitteln unterscheidet, so auch
2) von der Vertheidigung, welche lediglich die Abwehr eines Angriffes zum Schutze seiner selbst oder eines Dritten begreift und nur so lange möglich ist, als der Angriff selbst dauert,
3) von der Abbüßung, welche in der Herstellung und Ausgleichung des im Verbrechen liegenden idealen Schadens durch den Verbrecher besteht,
4) von der Rache, welche die Befriedigung der Begierde des Beleidigten nach Genugthuung bezweckt, und formell ungerecht ist,
5) von der Züchtigung, weil solche nicht auf Realisirung der Rechtsidee, sondern auf Besserung des Thäters gerichtet ist und bei schwereren Verbrechen gar nicht zur Anwendung kommt.

Am nächsten steht ihr der Ersatz des durch verbrecherisches Handeln mittelbar oder unmittelbar etwa angerichteten materiellen Schadens, welcher jedoch nur bedingt, nicht also durch die Rechtsidee an sich gerechtfertigt erscheint. Denn da ein etwaiger Schaden lediglich eine Schmälerung der Rechte von Personen, als Privatpersonen enthält, so muß auch die Verfolgung der Schädensansprüche der Willkür des oder der Verletzten überlassen bleiben [5].

[5] Die Carolina unterscheidet zwar die Strafe nicht ausdrücklich vom Schadenersatze, doch deutet sie in so fern auf die verschie-

Drittes Kapitel.

Vom Strafrechte.

Das Strafrecht oder die Möglichkeit für eine Person einer andern wegen eines Verbrechens oder Vergehens ein im Interesse der Rechtsidee zu erleidendes Uebel zuzufügen, ohne dadurch ihre eigene Freiheit zu überschreiten, oder kürzer die durch Uebereinkunft oder Zugeständniß erlangte Befugniß zur Geltendmachung der rechtlichen Gegenwirkung eines Verbrechens oder Vergehens setzt nach dem Bisherigen fünferlei voraus:

Erstlich die Wechselwirkung mindestens zweier Personen, weil ohne diese ein Recht überhaupt undenkbar ist.

Zweitens ein ebenfalls zum Wesen des Rechts erforderliches, der Bestrafung vorhergehendes und auf dieselbe bezügliches Zugeständniß.

Drittens die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens, indem die Rechtsidee in allen dem Rechtsgesetze entsprechenden Handlungen Anerkennung findet, und so lange dieß der Fall, kein Grund vorhanden ist, um den Handelnden mit einem die Realisirung der Idee des Rechtes bezweckenden Uebel zu bedrohen oder zu belegen.

Viertens die Vereinbarkeit der Zufügung des in der Strafe liegenden Uebels mit der äußeren, durch das Socialgesetz determinirten Freiheit des Strafenden.

Fünftens ein Rechtsgesetz, nach welchem die zu verhängende Strafe bestimmt ist und welchem entweder, wie im Staate, Realität gegeben ist, oder das wenigstens in der Rechtsidee des Strafenden seine Existenz haben muß, wenn es auch keiner äußeren Verwirklichung desselben bedarf.

---

dene Natur derselben hin, als sie der Verpflichtung zum Ersatze des verursachten Schadens stets besonders erwähnt. C. C. C. Art. 107 und 115.

Zurechnungsfähigkeit oder Imputabilität auf Seiten des Uebertreters eines Rechtsgesetzes oder Zurechenbarkeit der That selbst kann um deßwillen nicht als ein zur Begründung des Strafrechts noch außerdem erforderliches Requisit angeführt werden, weil dieselbe schon mit im Begriffe des Verbrechens, dessen Verübung von einem unzurechnungsfähigen Menschen unmöglich ist, liegt, und weil die Zurechnungsfähigkeit gleich einer Resolutivbedingung die Gültigkeit des zum Wesen des Strafrechts gehörigen Zugeständnisses wieder aufheben würde [1]). Vergl. Köstlins Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts S. 132. A. M. ist Luden, Abhandlungen II, S. 70 ff. Einem von seiner Geburt an unzurechnungsfähigen Menschen, wie dieß bei Blödsinnigen wenigstens der Fall sein kann, gegenüber kann deßhalb der Staat das Recht der Bestrafung nie erworben haben, weil ohnehin das dasselbe effectuirende Zugeständniß, da der Blödsinnige dessen Bedeutung und Wirkung zu beurtheilen nicht im Stande sein würde, rechtlich von keiner Gültigkeit wäre. Dagegen würde für die Staatsgewalt mit dem Augenblicke, wo der Blödsinnige den Gebrauch seiner Verstandeskräfte wiedererlangt, mit demselben Grunde das Strafrecht begründet sein, mit welchem anzunehmen ist, daß jeder Angehörige eines Staates diesem durch seinen Eintritt in denselben wenigstens stillschweigend das Recht eingeräumt hat, ihn wegen Verübung sämmtlicher in demselben gesetzlich verpönter Verbrechen zu bestrafen.

---

[1]) Ueber die von Feuerbach, gestützt auf C. C. C. Art. 151 und 152, angenommene Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit s. dessen Lehrb. des peinl. Rechtes §. 86, 87, die in der 12. Ausg. daselbst befindliche Note Mittermaiers. Hepps Versuche über Strafrechtsw. Nr. 6 und Roßhirts Entwickelung der Grundſ. S. 212. Jedenfalls ist diese Präsumtion weniger gefährlich als die von dem Materialismus aufgestellte Vermuthung der Unzurechnungsfähigkeit.

Abgesehen nun von dem in den Begriff der Strafe mit aufgenommenen Interesse der Rechtsidee, welches um deßwillen unter den obigen Requisiten nicht mit angegeben wurde, da solches dann präsumirt werden muß, wenn die Strafe einem Rechtsgesetze, durch welche sich die Idee des Rechtes zunächst offenbart, entspricht, und abgesehen von der aus politischen Gründen erfahrungsmäßig erforderten Publication des Gesetzes, durch welche die Strafbarkeit einer gewissen Handlung vorher ausgesprochen sein muß, ehe ein Recht auf Zufügung einer bestimmten Strafe begründet erscheint, welche nicht absolut, sondern nur relativ — für positive Staaten, namentlich von monarchischer Verfassung — nothwendig ist, um möglichste Rechtssicherheit zu erzielen [2]), so wird es sich leicht zeigen lassen, daß und inwiefern es der angegebenen Erfordernisse zur Begründung des Strafrechts bedarf. Rechte kann, wie schon erwähnt, eine für sich allein stehende Person nicht erwerben, sondern es ist dieß nur andern Personen gegenüber möglich, weil ein Zugeständniß, wie es in jedem Rechte liegt, das gleichzeitige Vorhandensein zweier Subjecte, nämlich des Zugestehenden und dessen, dem etwas zugestanden wird, nothwendig voraussetzt; da aber auch der Wille auf Seiten des Berechtigenden und auf Seiten des zu Berechtigenden — sei dies auch nur ein fingirter — zur Rechtsübertragung und zum Rechtserwerb erforderlich ist, so folgt daraus, daß ein Individuum, Wesen oder Geschöpf, welches eines solchen Willens unfähig ist, nicht genügen kann. Und dasselbe muß natürlich auch von jedem Rechtsverhältnisse gelten, welches gleichsam die Form bildet, der ein einzelnes, verschiedene, ja möglicher Weise unendlich viele einzelne Rechte entsprechen [3]). Eine solche

---

[2]) Es wird die gesetzliche Androhung der Strafe in demokratischen Staaten nicht überall vorgefunden. Vergl. übrigens Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorieen rc. S. 70.

[3]) Treffend wird das Rechtsverhältniß von v. Savigny in seinem

Coexistenz der Menschen wird nun allerdings nur in wirklichen Staaten vorgefunden werden und dieß muß sogar der Fall sein, wie sich aus der Betrachtung des menschlichen Organismus, der menschlichen Bestimmung und Einrichtung ergibt, soll anders ein Zustand erreicht werden, welcher den allseitigen Bedürfnissen für die Dauer entspricht; allein damit ist die Möglichkeit des Zusammenlebens mehrerer Personen außerhalb des Staatsverbandes noch nicht ausgeschlossen. Was die Form eines solchen Verbandes betrifft, so wird aber freilich wieder ein dem civilisirten Staate äußerst fern liegendes Analogon desselben, welches sich auch bei den auf der niedrigsten Culturstufe stehenden Menschen und Völkern wiederfindet, als genügend angesehen werden können.

Ueber das zur Entstehung eines jeden Rechtes erforderliche, oder vielmehr das Wesen desselben effectuirende Zugeständniß handelt bereits das erste Kapitel; hier müssen wir um deßwillen darauf zurückkommen, um zu zeigen, wie es sich im Strafgebiete gestalte und als nothwendig darthun lasse. Gestehen sich zwei oder mehrere im Naturzustande lebende Personen gegenseitig das Recht der Bestrafung zu, für den Fall, daß eine von ihnen dem Coexistenzialgesetze zuwider handeln sollte, so ist dieß entweder etwas rein Zufälliges und deßhalb Werthloses, oder es geschieht zur Realisirung der Rechtsidee, wodurch eben der staatliche Zustand vermittelt wird. Es kann demnach zwar eine auf die Strafe bezügliche Uebereinkunft füglich auch zwischen zwei oder mehreren außer der Staatsverbindung lebenden Personen getroffen werden, allein abgesehen davon, daß eine solche Vereinbarung wegen der den Menschen angebornen Selbstliebe außer im Staate, in welchem letztere durch die gewährten Vortheile überboten wird, nicht leicht zur Existenz kommen

---

System Bd. I, §. 52, als eine durch eine Rechtsregel bestimmte Beziehung zwischen Person und Person bezeichnet.

wird, so müssen wir auch hier von dem Zustande gänzlicher Ungeselligkeit ausgehen, weil jede auf die Realisirung der Idee des Rechts gerichtete Vereinigung dem Staate selbst sich mehr oder weniger nähert; und in einem solchen insocialen Zustand würde sich der Mensch schwerlich der Rechtsidee bewußt werden. Die Nothwendigkeit der Annahme eines der Bestrafung vorhergehenden Zugeständnisses erhellt aus der Rücksicht, daß man alle Freiheit des Menschen negiren müßte, wenn man das Recht seiner Bestrafung als durch seine Geburt ohne Weiteres entstanden und nur etwa in der Anwendung durch eine Verletzung des Rechtsgesetzes bedingt betrachten wollte, und daß ein Verbrecher, selbst wenn er die Unvereinbarkeit seiner Handlung mit dem Coexistenzialgesetze eingestände, die Realisirung der Rechtsidee, z. B. durch Bestrafung seiner selbst, einem jeden Dritten nicht zu gestatten braucht und nicht hat gestatten wollen, und daß er gegen alle dießfallsigen Uebergriffe von Seiten des Verletzten oder jedes Andern nur durch das einer bestimmten Person, dem Staate gemachte Zugeständniß Schutz findet. Jedoch versteht es sich auf der andern Seite von selbst, daß, wo ein solches Zugeständniß in concreto wirklich nicht vorhanden ist — ein Fall, der freilich bei einem im Staate Lebenden nie vorkommen kann — Sicherung und Vertheidigung gegen ein solches strafloses Subject nicht nur rechtlich gestattet, sondern auch durch das Moralgesetz geboten ist.

Schwieriger ist und bleibt in Ermangelung eines untrüglichen Anhaltspunktes, der selbst vom Gesetzgeber nur nach der Erfahrung gegeben werden kann, die Feststellung des Zeitpunktes, mit welchem im concreten Falle das Recht der Bestrafung für den Staat begründet wird. Denn wenn auch die Entwickelung der körperlichen und geistigen Anlagen, die bei den zu Bestrafenden wenigstens so weit ausgebildet sein müssen, daß sie die Folgen ihres Aufenthaltes in einem bestimmten Staate im Allgemeinen zu begreifen ver-

mögen, naturgemäß gleichen Schritt hält, so ist doch die Zahl der Ausnahmsfälle nicht unbedeutend. Da aber der Richter resp. der Staat durch denselben die Zurechnungsfähigkeit eines jeden angeblichen oder möglichen Verbrechers, zur Constatirung der Existenz einer verbrecherischen Handlung, nach allen Rücksichten hin, also auch in Betreff der Entwickelung seiner Fähigkeiten zu prüfen und zu untersuchen ohnedieß verpflichtet ist und sich aus dem dießfallsigen Resultate bestimmen läßt, ob es sich um die Bestrafung einer Person handelt, welche zu beurtheilen im Stande war, welche Folgen die Theilnahme am Staate mit sich führt, und welche Zugeständnisse sie dadurch macht, so wird ihm dadurch etwas Außergewöhnliches nicht zugemuthet, wogegen seine richterliche Thätigkeit ganz cessirt und nur von polizeilichen Maaßregeln die Rede sein kann, sobald erwiesenermaaßen die Handlung eines Individui in Frage steht, welches obiger Reflexion nicht fähig ist. Jedoch darf man deßhalb noch nicht den Eintritt der Zurechnungsfähigkeit überhaupt als mit dem der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit zusammenfallend annehmen. Letztere tritt erst später und, wie Heffter §. 51, Lehrbuch des Criminalrechts, richtig bemerkt, erst dann ein, wenn der Mensch zu einer solchen Reife und geistigen Mündigkeit gelangt ist, wo er über die Summe seiner bürgerlichen Pflichten nicht mehr im Unklaren sein kann. Vgl. Köstlins Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts S. 169, 670 ff.

Drittens, sagten wir, kann nur eine Handlung bestraft werden, welche ein wirkliches Verbrechen oder Vergehen ist, indem nur eine solche einen Bruch des Rechtsgesetzes, resp. in der im Staate anerkannten Maaße und Gestalt enthält und die Realisirung der Rechtsidee nothwendig von dieser Voraussetzung abhängig sein muß. Denn so wie alle menschlichen Gedanken von dem sich auf das äußere Verhältniß der Coexistenz beziehenden Rechtsgebiete ausgeschlossen blei-

ben, so fällt in jeder dem Rechtsgesetze angemessenen Handlung diese mit der erforderten Realisirung der Rechtsidee zusammen, oder es bedarf vielmehr bei ihr keiner Hindeutung auf deren unwandelbare Gültigkeit und Unverletzlichkeit, da solche weder in Zweifel gezogen noch angetastet wird. Ja eine solche Hindeutung würde sogar zwecklos erscheinen, da es an dem entfernteren Objecte fehlen würde, für welches sie bestimmt wäre, zumal die höchste Rechtsidee Jedem ins Herz geschrieben ist. Was eigentlich unter einem Verbrechen oder Vergehen zu verstehen sei, läßt sich, sobald wir es als im Staate zur Erscheinung kommend betrachten, ohne Schwierigkeit dahin beantworten: eine Handlung, welche die Uebertretung eines Strafgesetzes enthält, im philosophischen Sinne aber versteht man darunter jede positive Verletzung des allgemeinen Coexistenzialgesetzes, s. Birnbaum, Archiv für Criminal-R. 1834, S. 153 [4]), so daß auch alle bloßen Unterlassungen ausgeschlossen sind. Im Staatsverbande oder durch die positive Gesetzgebung können aber nicht nur diese, sondern auch positive Handlungen, welche keine Verletzung des Rechtsgesetzes enthalten, gesetzlich mit Strafe bedroht und dadurch zu Verbrechen gestempelt werden. Während z. B. die Gotteslästerung (Blasphemie) weder als Beleidigung der Gottheit, der Kirche oder einer Religionspartei, noch als Verletzung der Rechte derselben anzusehen ist, so hat doch der Gesetzgeber Gründe, aus Rücksicht auf die wichtige Bedeutung der Religion für die bürgerliche Gesellschaft die Schmähung der Gottheit sowohl, als die Herabwürdigung heiliger Gegenstände als Verbrechen zu bezeichnen und zu bestrafen. Vergl. darüber Feuerbachs Lehrbuch

---

[4]) Demnach ist z. B. der Selbstmord an sich, und wenn man ihn ohne Rücksicht auf die darüber bestehenden positivrechtlichen Bestimmungen betrachtet, kein Verbrechen, womit auch das römische, canonische Recht und die Carolina übereinstimmen. l. 9. §. 7. D. de peculio XV, 1. Art. 135. C. C. C.

des peinlichen Rechtes, herausgegeben von Mittermaier, 1836, §. 303, Note des Herausgebers. Anderer Ansicht sind Jarke, Handbuch II, S. 40. Heffter, Lehrbuch des gem. deutschen Criminalrechts, S. 438. Stübel, Criminalverfahren III, S. 149. Ja es ist bekannt genug, daß, wie l. 5, §. 6, C. ad legem Juliam majestatis IX, 8 beweist, aus politischen Rücksichten Personen als strafbar bezeichnet worden sind, wiewohl sie ein Verbrechen weder begangen haben, noch auch nur um dasselbe gewußt zu haben brauchen. Dagegen sind nicht nur die wirklichen Verbrecher im Naturzustande rechtlich straflos, falls sie nicht einem Andern das Recht ihrer Bestrafung zugestanden, weil eben Niemand das Recht der Strafzufügung erworben hat, sondern es wird auch im Staate bei mangelhafter Gesetzgebung so lange an der rechtlichen Möglichkeit der Bestrafung eines Verbrechers fehlen, als es an einem positiven Gesetze, welches denselben zu bestrafen befiehlt, oder einer Analogie desselben gebricht [5]). Eben so wenig darf man aber auch das Verbrechen von dem Bestehen eines Staates, in welchem es verübt wird, abhängig machen, weßhalb z. B. Feuerbach zu weit gegangen ist, wenn er alle Verbrechen außer dem Staate negirte. S. dessen Lehrbuch des peinlichen Rechtes §. 21 [6]). Ob die wirkliche Verletzung eines Rechtes im Begriffe des Verbrechens nothwendig enthalten sei, ist bestritten, nach der richtigern Ansicht

---

[5]) Damit stimmt denn auch Martin §. 67 in fine seines Lehrbuchs des Criminalrechts überein.

[6]) Auch Bauer scheint dieß anzunehmen, indem er sagt, daß zum Wesen einer verbrecherischen Handlung — ganz unbedingt — gehöre, daß der Gesetzgeber zuvor die Bürger durch wirkliche Bedrohung mit Strafe vor Begehung einer solchen Handlung warnte und daß er dem Richter durch das Strafgesetz eine Richtschnur für die Beurtheilung derselben gab. Vergl. dessen Warnungstheorie S. 98. Dagegen aber auch Richters philosophisches Strafrecht S. 129 ff.

aber zu verneinen, weil alle concreten Rechte historischer Natur sind und die Coexistenz von Personen, durch diese aber die Möglichkeit einer ihr widersprechenden Handlung oder eines Verbrechens voraussetzen und weil, wenn die natürliche oder rechtmäßig erweiterte Freiheit von einer Person freiwillig aufgegeben würde, insoweit dieß geschehen, ein Verbrechen nicht möglich sein würde, was eine durchaus falsche Schlußfolgerung wäre [7]). Nur die Unvereinbarkeit einer solchen Handlung mit dem Coexistenzialgesetze ist nicht hinwegzuleugnen, und da dieses der höchsten Idee des Rechtes entspricht, so könnte man von einem nothwendigen Widerspru-

---

[7]) Es darf deßhalb auch dem Grundsatze: volenti non fit injuria, keine allgemeine Gültigkeit beigelegt werden, zumal einzelne Verbrechen, wie das Stuprum, der Incest, ohne gegenseitige Einwilligung ihrem Wesen nach gar nicht begangen werden können, auch die Einwilligung von keiner rechtlichen Relevanz und Gültigkeit ist, wenn ein Wollen vom rechtlichen Standpunkte aus nicht möglich ist oder Güter, wie das Leben, in Frage stehen, deren Entäußerung die Persönlichkeit des Rechtgebenden geradezu aufheben würde, und es läßt sich mit Zöpfl nur die Behauptung rechtfertigen, daß, wenn die Gesetze eine Handlung nur dann strafbar erklären, wenn sie gegen den Willen einer Person vorgenommen ist, im Falle Letztere einwilligte, der Begriff des — bürgerlichen — Verbrechens selbst hinwegfällt. Hepp äußert sich in seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme II. Abth. I. Heft S. 290 über die Wirkungen der Einwilligung des Verletzten in die verbrecherische Handlung folgendergestalt: Entweder kommt sie rechtlich gar nicht in Betracht, oder sie wirkt als Milderungsgrund der Strafe, oder als stillschweigender Verzicht auf das Klagrecht, oder aber sie hebt den Begriff des Verbrechens selbst auf, weil dann eine an sich erlaubte Handlung vorliegt. Zu vergleichen ist noch Wächters Lehrbuch I. Thl. §. 59, Note und Köstlins ausführliche Darstellung, welche mit seiner Ansicht über die Unveräußerlichkeit der sogenannten substantiellen Elemente der Persönlichkeit in unmittelbarem Zusammenhange steht. S. 685 ff. der Neuen Revision.

che des Verbrechens mit dieser letzteren reden. Noch weniger muß aber der verbrecherische Angriff in der Verletzung oder Beleidigung eines bestimmten Individui bestehen, dieß beweisen die leider nicht seltenen Verbrechen gegen den Staat und die Gesammtheit des Volkes. S. Droste-Hülshoff, Archiv des Criminalrechts, 9. Bd. S. 600 ff.

Dem Wesen nach gleich und nur durch die in ihr liegende geringere Verschuldung von dem Verbrechen unterscheidbar, bedarf das Vergehen noch der Erwähnung, weil auch dieses mit in das Strafgebiet gehört, insofern es eine Verletzung des Coexistenzialgesetzes enthält. Der praktische Nutzen einer solchen Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen wird zwar bezweifelt, Crim. Blätter, Heft I, Nr. 1, Mittermaier N. Archiv des Criminalrechts, II, Nr. 17, IV, S. 629, Cucumus über Eintheilung der Verbrechen, 1823, sie verdient aber beibehalten zu werden und ist deßhalb auch in mehrere neuere Gesetzbücher übergegangen. Sind in dieser keine bestimmten Kriterien angegeben, nach denen eine rechtswidrige Handlung als Verbrechen oder Vergehen zu betrachten und resp. zu bestrafen ist, so geht freilich der mögliche Nutzen unvermerkt wieder verloren, weil der Sprachgebrauch, nach welchem sich dann die Entscheidung zu richten hat, keine bestimmte Grenze an die Hand gibt. Denn weder das Vorhandensein einer culpa oder eines dolus des Thäters, noch dessen That selbst gewährt ein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal. Tittmann distinguirt in seinem Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde §. 34 so: ein Verbrechen sei eine Handlung, welche die Verletzung angeborner Rechte bezweckt, ein Vergehen eine Handlung, welche auf Verletzung erworbener Rechte der Menschen gerichtet sei. S. noch Octavian Aug. Hannamann über die Grenzlinie zwischen Verbrechen und Vergehen. Wien, 1805. Friedr. Xaver Reber über den Begriff von Verbrechen und Vergehen und deren rechtliche Fol-

gen. Landshut 1811, und Locré législation de la France, Vol. I, p. 232. XXIX, p. 202.

Das vierte Requisit des Strafrechts liegt in der Vereinbarkeit der Zufügung des in der Strafe liegenden Uebels mit der äußern Freiheit des Strafenden und des zu Bestrafenden, so daß das Gebiet der Strafvollziehung nur durch solche Handlungen gebildet werden kann, welche die möglichst erweiterte Freiheit nicht geradezu überschreiten, der Umfang des zur Bestrafung berechtigenden Zugeständnisses aber ebenfalls nach der Möglichkeit der Beschränkung der Freiheit sich zu richten hat. Es enthält dieß streng genommen nur eine Bestimmung der Grenze, über welche hinaus das Strafrecht sich nicht erstrecken kann; letztere ist aber um deßwillen nicht unwesentlich, weil sie gerade eins der Hauptmerkmale ist, wodurch sich das Strafrecht von der Rache, von der Vertheidigung und der Nothwehr unterscheidet. So wie nun der Mensch vermöge seines freien Willens alle möglichen Güter, die dem sich ihrer Entäußernden die Persönlichkeit belassen, zu Rechtsobjecten machen und sich rechtlich deren entäußern darf, so kann er dieß auch zu Gunsten des Rechts und der Rechtsidee und in der Form des Zugeständnisses, als welches sich das Recht zur Strafe ankündigt. Ein Anspruch auf das Leben einer Person, als des nach dem Coexistenzialgesetze allein unveräußerlichen Gutes, kann vom rechtlichen Standpunkte aus weder zugestanden noch erworben werden und in so fern erweist sich gerade die Behauptung, daß das Strafrecht nur durch Zugeständniß entstehen könne, als praktisch, als Niemand, auch wenn er wollte, sich seiner Persönlichkeit entschlagen kann, wonach die Todesstrafe schlechthin von dem Gebiete des Strafrechts ausgeschlossen bleiben muß.

Endlich fünftens kann kein Recht der Bestrafung bestehen ohne ein Rechtsgesetz, welches zu strafen befiehlt. Im Staate, wo wir eine vollständige Strafgesetzgebung wieder=

finden, versteht sich das von selbst, weil in ihm zu Erlangung höchstmöglicher Rechtssicherheit der Feuerbachsche Grundsatz gilt: nulla poena sine lege, und der Unterthan sich nur den wirklich vorhandenen Strafgesetzen unterworfen hat, im Naturzustande aber, in welchem wohl kaum das Coexistenzialgesetz klar zur Anschauung kommen wird, muß das Rechtsgesetz das Verhältniß des Strafenden und des zu Bestrafenden wenigstens in so fern beherrschen, daß die Vereinbarkeit eines solchen Gesetzes, als der Form, in welcher das Recht seine Bestimmtheit erlangt, mit der Strafe über das Recht ihrer Vollziehung, also auch über ihre rechtliche Existenz selbst entscheidet. Da nun von dem Einflusse des staatlichen Zustandes auf das Rechtsgesetz, unter welches eine bestimmte Strafe fällt, dasselbe gilt wie von dem rechtgebenden Zugeständnisse, so folgt daraus, daß das Strafrecht im Naturzustande nicht schlechthin unmöglich ist, jedoch nur unter solchen Voraussetzungen als bestehend gedacht werden kann, welche diesen Zustand theilweis wieder aufheben und ihn als dem Staatsverbande verwandt erscheinen lassen. Vergl. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft zum Gebrauche bei Vorlesungen im kritischen Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger, 1. Bd. S. 122, mit dessen Handbuche der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Halle 1822, §. 27 Note v und §. 38, und Henrici über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincipes, ed. III., 1844, S. 19, welcher von einem an den Staat abzutretenden Urstrafrecht redet. Zu bemerken ist übrigens, daß die auf Seiten eines jeden Berechtigten in abstracto vorhandene Willkür, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht, der dann die letzterem correlate Verbindlichkeit des Verpflichteten entspricht, um deßwillen beim Strafrechte im Staate in den Hintergrund tritt und ganz verschwindet, weil das Recht, mit der Pflicht zu strafen, in ihm zusammenfällt. (Abegg, die verschiedenen Strafrechts-

theorieen im Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte S. 27.) Darin liegt zwar scheinbar ein Anhaltspunkt für die Begründung des Strafrechtes selbst, indem Niemand zu einer Handlung rechtlich verpflichtet sein kann, zu deren Vornahme er nicht berechtigt ist, allein nicht zu gedenken, daß der hier außer unserem Kreise liegende Nachweis einer Verbindlichkeit des Staates zur Zufügung von Strafen nicht so leicht zu führen ist, als es für den ersten Augenblick scheint, so könnte auch höchstens nur von einer moralischen Verpflichtung des Staates ausgegangen werden, weil die Annahme einer rechtlichen eine petitio principii involviren würde. Daß aber die moralischen Verpflichtungen als solche den Rechtsschutz nicht genießen, sondern nur insofern sie wirkliche Zwangspflichten sind, bedarf weiter keiner Ausführung, und den letzteren kann die Verbindlichkeit zur Strafzufügung im Staate um deßwillen nicht zugezählt werden, weil der Staat selbst sich dazu nicht zwingen, geschweige denn von seinen Angehörigen, oder sonst Jemand gezwungen werden kann. Dagegen scheint uns der Einwurf nicht stichhaltig, daß, unserer Behauptung zufolge, das aus der Pflicht des Staates stammende Strafrecht kein facultatives Recht wäre und als logisch nothwendige Folge des Pflichtbegriffs zu einem allzuharten, alle Verzeihung und Begnadigung ausschließenden Verfahren führen würde, weil es sich ja, sobald man die — rechtliche — Verpflichtung des Staates als unerwiesen zurückweist, nur noch um die Berechtigung des Staates handeln würde, die stets etwas Facultatives ist. Es könnte nur der Fall der Einwendung unterliegen, wenn die Pflicht der Bestrafung an die Stelle des Rechts gesetzt und für identisch mit demselben gehalten würde [8]).

---

[8]) Abegg in dem angeführten Werke S. 27, Note 24. Schmid über den Urgrund des Strafrechts, S. 65.

Viertes Kapitel.

Vom Principe des Strafrechtes.

Eine jede Wissenschaft muß bekanntlich ein oberstes Princip haben, nach welchem sich deren Grundsätze erkennen und bestimmen lassen. Dasselbe muß denn auch von der Strafrechtswissenschaft gelten, weil es der Strafgesetzgebung an einer haltbaren Grundlage und der Strafgerechtigkeitspflege an sicher leitenden Normen fehlen würde, wenn sich nicht mit logischer Gewißheit die Bedingungen und Grenzen der Entziehung menschlicher Güter angeben und auf etwas unwandelbar Gesetztes, die Vernunft in ihrer Beziehung auf das äußere Leben, m. a. W. insofern sie sich als höchste Rechtsidee offenbart, zurückführen ließen, so daß es lediglich der Willkür des Gesetzgebers und Richters anheimgestellt bliebe, den Umfang des Strafgebietes zu erweitern oder zu verengern. Das höchste Princip der Strafe haben wir bereits als die Idee des Rechtes bezeichnet; da nun aber deren rechtliche Realisirung sowohl im Staate, als außerhalb desselben stets von einer darauf gerichteten Uebereinkunft resp. Zugeständniß abhängig ist, weil ohne diese überhaupt kein Recht, folglich auch das der Strafzufügung nicht entstehen kann, so ist uns das Strafrechtsprincip [1]), welches wir mit dem Namen Concessionalgerechtigkeitsprincip bezeichnen zu müssen glauben, die übereinkunftsmäßig gegen jeden Verbrecher geltend zu machende Idee des Rechtes, oder genauer

[1]) Von Luden in seinem Handbuche des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts S. 25 dahin definirt: daß die Strafe nur Demjenigen zugefügt werden kann, der eine Vorschrift des positiven Rechtes übertreten hat, und daß sie ihm nur darum zugefügt werden kann, weil er dieselbe übertreten, und mithin nur nach dem Verhältniß, in welchem er dieselbe verdient hat.

und bezogen auf das berechtigte Subject: die durch Uebereinkunft oder Zugeständniß erlangte Befugniß, die Rechtsidee in allen den Fällen, in welchen ihr oder wenigstens den sie repräsentirenden Gesetzen zuwidergehandelt wird, durch ein dem Handelnden zuzufügendes Uebel zu realisiren und kommt es nunmehr darauf an, ob sich durch dasselbe die Fragen:

1) Welches ist der Rechtsgrund und Zweck der Strafe?
2) Unter welchen Umständen und Bedingungen läßt sich eine Strafe rechtfertigen?
3) Welches ist der Maaßstab der anzuwendenden Strafe?
4) Hat der Staat das Recht, zu strafen, und wenn dieß der Fall, woher hat er solches?

genügend beantworten lassen.

Die erste Frage nach dem Rechtsgrunde und Zwecke der Strafe fällt in eine zusammen [2]). Der Zweck der Strafandrohung sowohl, als der der Strafzufügung, sowie der Rechtsgrund der Strafe kann aber kein anderer sein, als Beförderung des Rechtszustandes, Bewirkung des Eintritts der rechtlichen Folge eines Verbrechens, oder Realisirung der Idee des Rechtes, während bei der Gesetzgebung der Criminalpolitik überlassen bleiben muß, solche Strafgesetze aufzustellen, durch welche nach den besondern Verhältnissen und Interessen eines Volkes dieser Zweck am sichersten erreicht wird [3]). Auch die die relativen Theorieen charakterisirende

[2]) Conf. Henrici in seiner mehrerwähnten Schrift S. 69 bis 76.

[3]) Welcker, welcher in seiner Schrift: die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, darauf aufmerksam macht, daß die Strafe keinen verschiedenen Grund und Zweck haben könne, weil die Vernunft oder auch das Rechtsgesetz die Strafe wie alles Handeln nur wegen eines nothwendigen Vernunft- oder Rechtsgesetzes schaffe und gebiete und in der Bestimmung dafür Grund und Zweck vereint liegt, drückt sich S. 192 folgendermaaßen darüber aus: „Nicht also daß ein Verbrechen geschehen ist, ist

Unterscheidung eines sogenannten nächsten Zweckes und Endzweckes der Strafe können wir nicht als begründet zugestehen, denn wollte man von diesem die Realisirung der Rechtsidee als das Wesentliche ausscheiden, so wäre er nicht würdig, auch nur auf den Namen eines Strafzwecks Anspruch zu machen. Vergl. übrigens Bauer, die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorieen S. 66 ff. Gleichgültig ist es von unserem Standpunkte aus, ob und auf welchem Wege dieser Zweck vermittelt wird, indem sowohl die Abschreckung oder Prävention als die etwaige Besserung des Verbrechers, die Aufhebung der subjectiven Geneigtheit zu Verbrechen überhaupt, die Wiedervergeltung der geschehenen Gesetzesübertretung und des dadurch einem Einzelnen oder der ganzen Gesammtheit zugefügten Uebels, die Rache, welche der Staat Namens des Verletzten nimmt, die Genugthuung, welche der Verletzte durch die Strafe erhalten soll, oder was man sonst als Zweck und Urgrund der Strafe anzusehen pflegt, nur die theils mehr, theils minder erschöpfenden Richtungen sind, in welchen die höchste Idee des Rechtes zur Realität gebracht und gegen etwaige Angriffe und ihr widersprechende Handlungen geschützt werden soll. Gleichgültig scheint uns aber auch, ob die Strafe — in abstracto — ihren vorgedachten Zweck in Beziehung auf den Staat habe, wie Köstlin §. 201 und 204 Neue Revision annimmt, oder nicht, wobei es sich freilich von selbst versteht, daß, wenn wir uns gleich von vorne herein in den als Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität von ihm aufgefaßten Staat hineindenken, die

---

hinlänglicher Grund für die Vernunft, eine Strafe daran zu knüpfen, sondern daß das Recht, welchem die durch das Verbrechen erzeugte Störung widerstreitet, in Zukunft fortbestehen soll, wird Vernunftgrund und Zweck, durch Strafe die Störung aufzuheben."

gedachte Beziehung nahe genug liegt, um als zum Begriffe der Strafe wesentlich gehalten zu werden.

Was aber die einzelnen Strafzwecke der sogen. relativen Theorieen insbesondere betrifft, so erlauben wir uns, deren Prüfung für die zweite Abtheilung vorbehaltend, vorläufig auf Folgendes aufmerksam zu machen. Während die mögliche Wirkung oder Folge der Strafe an sich weder dem Staate noch irgend Jemand, als etwas außer der Sphäre des zwischen ihm und dem Verbrecher bestehenden Verhältnisses Liegendes, ein Recht zur Strafzufügung geben kann, so kommt noch hinzu, daß die Warnung, Abschreckung, Besserung, Abbüßung, Prävention ꝛc., wie die tägliche Erfahrung lehrt und wovon die Art der verübten Verbrechen selbst den unzweideutigsten Beweis liefern, mit Sicherheit durch die Strafe nicht erreicht werden können. Dagegen kann man die bereits gerechtfertigte Strafe als Mittel zur Erreichung dieser Vortheile allerdings betrachten, ja es ist den letztern auch der weitere Einfluß bei der Strafbestimmung zu gestatten, daß die Strafrechtspflege so gehandhabt werde, daß diese Vortheile möglichst vollständig erreicht werden, weil dieß die unmittelbare Folge mit sich führt, daß die Idee des Rechtes im Staate vor der bürgerlichen Gesellschaft und vor dem Verbrecher selbst durch dieselben sich auch äußerlich als unabweisbar und unverbrüchlich ankündigt, so jedoch, daß die Anwendbarkeit der Strafe jederzeit der Wissenschaft, deren wirkliche Anwendung aber dem auf objective Gründe gebauten Urtheile anheimfällt[4]). Daß darin ein Syncre-

---

[4]) Darüber ist zu vergleichen Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorieen, S. 33, 44 ff., und was die Principien des gemeinen Strafrechts betrifft, S. 118 und 122, woselbst er unter andern von der C. C. C. sagt: Wenn das Gesetz Abschreckung und vorzugsweise die äußerliche Anderer nennt, so wie an andern Stellen Besserung, so hat es damit nirgends diese als Grund der

tismus in der That noch nicht liegt, ergibt sich aus der Rücksicht, daß die Gerechtigkeit bei Bestimmung derselben jederzeit in so fern im Auge behalten werden muß, als die Aussicht etwaiger Nebenvortheile auf die Quantität der Strafe nie, auf deren Qualität aber nur in so weit einen Einfluß üben kann, als es sich um Vertauschung derselben mit einer andern handelt und daß eine solche specielle Rücksicht überhaupt auch gar nicht vom criminalrechtlichen Standpunkte, sondern von dem der Criminalpolitik zu nehmen ist, dem dann auch die Vorschriften über Begnadigung und Verjährung, von welchen das Criminalrecht als solches nichts weiß, anheimfallen. Wenn nun aber die Bestrafung einer Person, welche nicht der Idee des, sich lediglich auf das äußere Coexistenzialverhältniß beziehenden, Rechtes zuwidergehandelt hat, als zwecklos erscheint, und wenn ferner der Werth der menschlichen Entschließungen und Gedanken in das Gebiet der Moral und nicht das des Rechts gehört und bei diesen von einer Bestrafung vom rechtlichen Standpunkte aus nicht die Rede sein kann, so gibt dieß zugleich einen Anhaltspunkt zu Beantwortung der

zweiten Frage: unter welchen Umständen und Bedingungen sich die Anwendung einer Strafe rechtfertigen läßt? Auf Seiten des Strafenden muß, wie sich von selbst versteht, das Recht der Bestrafung erworben sein, bevor es ausgeübt werden kann, und da dieß nicht anders als durch Zugeständniß des zu Bestrafenden selbst geschehen kann und kein Recht ohne Zugeständniß entsteht, so liegt in diesem die erste Bedingung der Strafanwendung, wie dieß schon durch die Benennung der hier aufgestellten Theorie angedeutet

---

Strafe, auch nicht als allgemeinen Zweck aufgestellt, sondern es bezeichnet damit eine Einrichtung der an sich gerechten Strafe und hebt den einen oder andern Zweck nur da hervor, wo es sich für die Beschaffenheit des vorliegenden Falles rechtfertigt.

wurde. Die zweite — auf Seiten des zu Bestrafenden nothwendig vorhandene — Bedingung ist aber, jetzt noch abgesehen vom Staatsverbande, das Vorhandensein einer das allgemeine Coexistenzialgesetz verletzenden, oder mit der Idee des Rechtes unvereinbaren Handlung. Ueber diese finden wir in dem angegebenen Princip in so fern in jedem concreten Falle Aufschluß, als das Coexistenzialgesetz nur einen Abdruck der höchsten Rechtsidee bildet und alle die dieser widersprechenden Handlungen zugleich wirkliche Verletzungen des Coexistenzialgesetzes enthalten müssen, weil m. a. W. nur solche Handlungen bestraft werden dürfen, welche die bürgerliche Gesellschaft, oder wenigstens eine fremde Persönlichkeit angreifen und insoweit ein solcher Angriff vorhanden ist. Handelt es sich von der Anwendbarkeit der Strafe innerhalb des Staates, so ist dem allgemeinen Coexistenzialgesetz ein bestimmtes Strafgesetz zu substituiren, dergestalt, daß nur solche Handlungen mit Strafe belegt werden können, bei welchen das Gesetz bestimmte Merkmale angibt, durch welche sie charakterisirt sind, so daß, wo es an einem solchen Gesetze fehlt, Straflosigkeit eintreten muß. Weder im Naturzustande, noch im Staate kann aber der etwaige Erfolg eines Verbrechens, der zum großen Theil nur vom Zufall abhängig ist, bei manchen Verbrechen aber auch gar nicht gefordert werden kann, noch auch der böse Wille oder die Absicht des Handelnden die Bedingung der S t r a f a n w e n d u n g abgeben, wohl aber einen Einfluß auf die Größe der in Anwendung zu bringenden Strafe üben.

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Erwähnung, daß überhaupt nur von Bestrafung solcher Handlungen die Rede sein kann, welche aus dem freien Willen einer Person hervorgegangen sind, weil nicht das factum an sich, sondern als die einzig untrügliche Aeußerung des der Idee des Rechtes widerstrebenden Willens bestraft werden soll und weil hauptsächlich ein unfreiwillig Handelnder vom rechtlichen

Standpunkte aus nur als Instrument, aber nicht als Autor eines Verbrechens anzusehen ist.

Schwieriger läßt sich die dritte Frage beantworten: welches der Maaßstab der anzuwendenden Strafen ist? Darüber zwar ist man so ziemlich einverstanden, daß, weil jedes Verbrechen in qualitativer und quantitativer Bestimmtheit sich ankündigt und diese hinwiederum bei jedem Verbrechen eine verschiedene nach den in demselben enthaltenen subjectiven und objectiven Momenten bestimmbare sein müsse, auch nur eine gleichermaaßen bestimmte Strafe zu rechtfertigen sei und sich deren Größe nach dem Verbrechen selbst zu richten habe. Wie aber letztere im einzelnen Falle aufzufinden und welches durchgreifenden Princips man sich dabei als Maaßstabes zu bedienen habe, darüber sind die Ansichten desto getheilter. Ein allgemeines Normalmaaß für Bestrafung der Verbrechen anzugeben, müssen auch wir für etwas Gewagtes halten, weil deren Einfluß auf das Coexistenzialgesetz unter veränderten Umständen höchst verschieden sein kann und Handlungen, die unter gewissen Bedingungen erlaubt sind, unter andern Verhältnissen als Verbrechen oder als Vergehen erscheinen, so wie z. B. der Begriff der Majestätsbeleidigung unter veränderten Umständen ein ganz verschiedener sein kann und weil ein solches Maaß in den Fällen unanwendbar sein würde, in denen ganz neue, bei Bestimmung desselben noch unbekannt gewesene Verbrechen verübt würden, was keineswegs außer der Möglichkeit liegt. Die Vermittelung zwischen Verbrechen und Strafe liegt in der im Volksgeiste sich entwickelnden und fortlebenden Rechtsidee selbst, weil sie in jedem Falle über das Verhältniß des in dem Verbrechen liegenden Angriffs auf ihre eigene Existenz Aufschluß gibt und die Strafe als Product der objectiven und subjectiven Verletzung des Coexistenzialgesetzes bestimmt, dergestalt, daß man von dem Minimum der möglicher Weise zu entziehenden Güter zum Maximum

oder umgekehrt von diesem zu jenem überzugehen hat, um einen Anhaltspunkt zu haben, an welchem sich Verbrechen und Strafe ungesucht anschließen. Der einzig richtige Maaßstab, oder vielmehr die allein maaßgebende Norm für die Ausmessung und Androhung der Strafe bleibt daher der in jedem Verbrechen liegende Angriff auf das die Idee des Rechtes repräsentirende Coexistenzialgesetz, weil, soweit solches nach der Bildungsstufe des Volkes oder der Einzelnen Anerkennung gefunden hat, jener mit der Verschuldung als der Summe der den zurechenbaren Werth einer verbrecherischen Handlung bildenden subjectiven und objectiven Momente genau übereinstimmt. Abegg dürfte deßhalb der Empirie schon etwas zu viel eingeräumt haben, wenn er in seiner Schrift: die verschiedenen Strafrechtstheorieen, S. 59 folgendermaaßen raisonnirt: „Wenn man bei Gelegenheit der absoluten Theorie bemerkt hat, daß zum Zwecke einer Vermittelung gewöhnlich der Witz eine schwebende Brücke bauen müsse, so ist dieß einerseits der Irrthum, als könne die Vernunft im Gebiete der Aeußerlichkeit und unter dem Einflusse von ihr nicht mehr unmittelbar angehörenden Verhältnissen, Bestimmungen ins Einzelne ausführen, wofür sie nur das allgemeine Princip enthält, andererseits wird man so billig sein müssen, zuzugeben, daß auch bei allen andern Theorieen, wie sie auch Namen haben mögen, gleiche Verlegenheit entstehe, wenn man eine ihrem besonderen Principe, z. B. dem der psychologischen Abschreckung, entsprechende unmittelbare Bestimmung des fraglichen Werthes (der Verbrechen) verlangt; man wird sich nicht verhehlen dürfen, daß sie und daß alle auf gleiche Weise sich genöthigt sehen, dem abstract aufgegebenen Werthe, der unbekannten Größe, die gefunden werden soll, aus der Erfahrung gegebene bestimmte Werthe, entweder im Wege der Gesetzgebung, oder wenn diese, wie meist zweckmäßig geschieht, dem richterlichen Ermessen einen gewissen freien Spielraum gestattet, bei der

Beurtheilung des besonderen Falles zu substituiren. In der That befindet man sich hier auf dem Gebiete der Erfahrung und der Aeußerlichkeit, und so müssen nothwendig vor Allem die oben erwähnten Regeln beobachtet werden, nach welchen Volksansicht, Culturstufe, Zeitverhältnisse ꝛc. die Größe theils der Verbrechen, theils der Strafen und somit zunächst bei diesen und jenen ihre Abstufungen, dann auch ihr Verhältniß gegen einander bestimmen. Muß doch auch bei andern Berechnungen irgend eine Grundzahl mit beliebigem Werthe der Einheit angenommen werden, die aber einmal festgestellt, dann alle andern Verhältnisse richtig bestimmen läßt [5]). In welcher Weise und Ausdehnung die Rechtsidee Anerkennung gefunden und in der ihr deßhalb auch consequent Geltung verschafft werden muß, dieß richtet sich nach der Uebereinkunft, welche in Bezug auf die Bestrafung zwischen bestimmten Individuen, oder zwischen Staat und Unterthan stattgefunden hat, oder wenigstens fingirt werden muß, so daß, wenn die Feststellung der Strafe etwas

---

[5]) Bergk, welcher alle Rechte in ein angebornes Recht, die Freiheit, und in erworbene Rechte scheidet, nimmt einen objectiven Maaßstab — dieß ist ihm das angeborne Recht der Freiheit — und einen subjectiven — die äußerlichen Verstandeshandlungen des Verbrechers — an, und bestimmt deren Verhältniß zu einander so, daß jener allgemeine Gültigkeit habe und zum obersten Bestimmungsgrund alles Unwerthes und der größern oder geringern Wichtigkeit aller Verbrechen diene, dieser nur subsidiäre oder secundäre Anwendung finde. S. dessen Philosophie des peinlichen Rechtes S. 106 ff., wogegen freilich zu erinnern ist, daß die natürliche Freiheit als ein negativer Begriff nicht darüber entscheiden kann, wann eine Verletzung des in der Form eines Zugeständnisses anerkannten Rechts- und resp. Strafgesetzes vorliegt. Und wenn man wie Bauer die Gefährlichkeit einer Handlung für die Rechtsordnung zum Maaßstab annimmt, so hat man die Zukunft zu sehr im Auge, die möglicherweise ein von der angenommenen Gefährlichkeit ganz abweichendes Ergebniß mit sich führen kann.

Willkürliches wäre und nicht durch die Idee des Rechtes beherrscht würde, anzunehmen wäre, daß sie lediglich der ursprünglichen Uebereinkunft überlassen bleibe [6]).

Ein Angriff auf das Coexistenzialgesetz ist aber um so bedeutender und deßhalb strafbarer, einen je größeren Widerspruch mit dem letzteren in objectiver und subjectiver Beziehung d. h. nach dem Werthe und Umfange des entzogenen oder verletzten Gutes und nach der Intensität des Willens des Handelnden er enthält und zwar insbesondere,

1) je mehr dadurch die Zwecke und Bestimmung des Verletzten gehindert und resp. unmöglich gemacht werden, weßhalb der Mord und der Hochverrath an der Spitze aller Verbrechen stehen.

2) je wichtiger das Verhältniß, das durch denselben zerstört oder umgestoßen wird, und je nachtheiliger dessen Verletzung auf die bürgerliche Gesellschaft wirkt, daher rechtfer=

---

[6]) Scheinbar läßt sich nach dem Bisherigen die Bestrafung der Blasphemie nicht rechtfertigen, weil sie mindestens außerhalb des Staates einen Angriff auf das Coexistenzialgesetz nicht enthält. Geht man jedoch von dem allein richtigen Gesichtspunkt aus, daß die Blasphemie, da sie in der Herabwürdigung der Gottheit oder Verspottung der Gegenstände religiöser Verehrung besteht, die Uebung eines gewissen Religionscultus voraussetzt, von dem hinwiederum nur im Staat selbst, oder in einem demselben sich mehr oder weniger annähernden Zustande die Rede sein kann, so gelangt man zu dem Resultate, daß das mehrerwähnte Verbrechen durch das Bestehen des Staates oder einen demselben in Betreff des Religionscultus analogen Zustand erst bedingt ist, weil im Naturzustande ein solcher Cultus nicht vorkommen kann. Wenn nun aber der Gesetzgeber in Berücksichtigung der wichtigen Bedeutung der Religion für die bürgerliche Gesellschaft in der Blasphemie eine Handlung erblickt, welche einem wirklichen Angriffe auf das Coexistenzialgesetz gleichsteht und sie seinen Strafgesetzen unterwirft, die jeder Staatsangehörige ihrem ganzen Inhalte und Umfange nach gegen sich gelten lassen muß, so läßt sich allerdings die Bestrafung des Gotteslästerers aus dem angenommenen Strafrechtsprincipe rechtfertigen.

tigt sich die strenge Bestrafung des Meineides, welcher die Grundlage der öffentlichen Ordnung, die Wahrhaftigkeit und das Vertrauen der Menschen zu einander vernichtet;

3) je mehr es der Motive gab und je stärker dieselben waren, welche Jemand von einem gewissen Verbrechen abhalten mußten, wie z. B. die Dankbarkeit der Kinder gegen ihre Eltern, der Armen und Hülfsbedürftigen gegen ihre Wohlthäter;

4) je bedeutender die Hindernisse waren, welche dem Verbrecher bei Verübung der That entgegengestanden, weil solche darauf schließen lassen, daß derselbe mit besonderer Hartnäckigkeit bei seinem Vorhaben verblieb und der böse Wille fest bei ihm eingewurzelt ist, und je mehr zur sichern Erreichung der verbrecherischen Absicht Mittel gewählt und angewendet wurden und je schwieriger solche aufzufinden waren. Daher rechtfertigt sich denn auch die härtere Bestrafung der Wiederholung von Verbrechen, weil sie auf die Intensität des verbrecherischen Willens schließen läßt;

5) je mehr sich durch das Wesen und die Natur der Handlung die Gesinnung offenbart, jeder Rechtseinrichtung Trotz zu bieten und sie zu verachten, so daß schon aus diesem Grunde die durch Gewaltthätigkeit verübten Verbrechen eine strengere Bestrafung verdienen;

6) je mehr sich des Verbrechers Frechheit, je mehr sich eine kalte und raffinirte Berechnung desselben in der That ausgesprochen;

7) je wichtiger der von dem Verbrecher beabsichtigte, oder wenigstens leicht vorauszusehende Schaden ist, welcher durch seine Handlung entstanden ist; dabei muß jedoch vor Allem vermieden werden, daß das, was lediglich der Zufall verursachte, bestraft werde [7].

---

[7]) Bekanntlich unterscheidet sich darin das ältere germanische Recht wesentlich vom römischen, daß jenes hauptsächlich den Erfolg,

Um so entschuldbarer und minder strafbar aber ist ein Angriff auf das Coexistenzialgesetz, je geringer er in subjectiver oder objectiver oder auch in beider Beziehung ist, namentlich:

1) wenn er durch die Umstände und Verhältnisse erleichtert, geboten und gewissermaaßen erzeugt wurde und je mehr durch die Meinung des Volkes die Ansicht von geringerer Strafwürdigkeit einer Handlung begründet wird, wichtig z. B. beim Duell und bei den Injurien;

2) je dringender die Noth, je lockender die Gelegenheit war, die zu Verübung eines Verbrechens oder Vergehens hingerissen, so daß der Diebstahl von Eßwaaren unter Umständen gesetzlich für ganz straflos erkannt werden konnte. C. C. C. Art. 166;

3) wenn ferner die Einsicht in das Unrecht wegen der Jugend des Handelnden in Ermangelung einer sorgfältigen Erziehung, oder aus andern Gründen bei einem Verbrechen getrübt war, wie beim Kindermord, bei den in der Trunkenheit verübten Verbrechen;

4) je mehr die verbrecherische Handlung in Folge eines plötzlichen Affectes, oder eines ähnlichen die vorherige Ueberlegung ganz oder theilweise aufhebenden Zustandes geschehen und je mehr die Verletzung einer Person als durch die Umstände gebotenes Mittel zu Erreichung eines an sich untadeligen Zweckes erscheint, wie z. B. zur Befriedigung empörter Ehrliebe;

5) je weniger ein gewisser Erfolg als die Wirkung einer bestimmten Handlung vorhergesehen werden kann und je mehr deßhalb der angerichtete Schaden dem Zufall zuzuschreiben ist, oder aber je mehr der Handelnde größeren

---

dieses die Absicht berücksichtigt. l. 14 D. ad leg. Corn. de sicar. Siehe jedoch auch l. 16 §. 8 und l. 18 D. de poenis, l. 52 §. 2 D. de V. S. l. 225 D. eod.

Schaden zu verhüten und durch freiwilligen Schadensersatz auszugleichen sucht;

6) ein je laxerer Zusammenhang zwischen der in Frage stehenden Handlung mit einem — vollendeten — Verbrechen und je geringer die Thätigkeit bei derselben überhaupt war, je weiter das unternommene Verbrechen von seiner Vollendung geblieben ist. Daher der Unterschied zwischen Bestrafung des Urhebers, Gehülfen und Begünstigers. Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Jahrg. 1839, Nr. 7.

Hiernach lassen sich im Zusammenhalte mit der Criminalpolitik, welche namentlich den Charakter, die Ansichten, die climatischen und sonstigen Verhältnisse eines jeden Volkes ins Auge zu fassen hat, in jedem Falle die Strafen bestimmen, welche dem höchsten Rechtsprincipe unter den gegebenen Umständen entsprechen. Höchst wünschenswerth wäre es freilich, wenn man, wie dieß die Wiedervergeltungstheorie wenigstens in vielen Fällen gestattet, nach dem Verbrechen selbst ohne Weiteres beurtheilen könnte, welche Strafe demselben angemessen erscheint, allein dann müßte einestheils das richterliche Ermessen, wo nicht ganz aufgehoben, möglichst beschränkt werden, was gerade zu vermeiden ist, anderntheils wäre damit noch nicht bewiesen, daß dann die Straf-Abmessung und Zufügung eben so gerecht als consequent wäre; ja es würde sich vielmehr in den allermeisten Fällen zeigen lassen, daß ein solcher, der äußern Erscheinung des Verbrechens, unbekümmert um seinen Einfluß auf das Coexistenzialgesetz, entlehnter Maaßstab der Idee des Rechtes nicht entspräche. Der Maaßstab ist also, weil das Recht selbst durch Volksansichten, Culturstufe und Zeitverhältnisse verschiedene Modificationen erfahren wird, nothwendig ein wandelbarer und relativer, zumal Verbrechen und Strafen an sich heterogene unvergleichbare Größen sind, die erst durch die Gesetzgebung, oder durch den Richter, dessen Ermessen ein größerer Raum gestattet ist, falls nicht durch

den Volksgeist resp. durch das vom Rechtsbegriffe untrennbare Zugeständniß Einzelner eine gewisse Werthbestimmung festgestellt worden ist, in das richtige Verhältniß gesetzt werden müssen.

Und ähnlich verhält es sich auch mit den möglichen Arten der Strafe, deren Anzahl natürlich durch die denkbaren Arten der zu entziehenden Güter gegeben ist, indem, wie sich Bitzer S. 277 seines Systems des natürlichen Rechts ausdrückt, die besonderen Rechte der Person in die Seiten ihrer Ehre und Freiheit und ihres Vermögens auseinandergehen und sich danach die Strafen in Ehren-, Freiheits- und Geldstrafen unterscheiden. Jedoch läßt sich auch hier nicht behaupten, daß die Qualität einer Strafe der Natur des zu ahndenden Verbrechens nothwendig entsprechen müsse, namentlich dann nicht, wenn der damit möglicher Weise zu erzielende Vortheil, wie Besserung, Abschreckung oder dergleichen, durch andere überwogen wird.

Die vierte und letzte Frage: Hat der Staat das Recht der Bestrafung und wenn dieß der Fall ist, woher hat er solches? setzt die Beantwortung der Vorfrage voraus: was unter dem Staate zu verstehen sei?

Den Staat bedingt die menschliche Natur, weil der Einzelne, sich selbst überlassen und allein stehend, weder im Stande ist, seine physische Existenz zu sichern und sich gegen etwaige Angriffe zu schützen, noch auch seine Geistesanlagen seiner Bestimmung gemäß zu entwickeln und auszubilden, mit andern Worten sich zur Humanität zu erheben [8]); ihn fordert die Vernunft, da sie den Menschen lehrt, daß eine solche Vereinigung das einzige Mittel, oder vielmehr die nothwendige Bedingung ist, durch welche derselbe zur Humanität gelangt; sein Zweck ist Erreichung aller allgemein

---

[8]) Henrici über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips, ed. III., §. 16. S. 11.

menschlichen Zwecke überhaupt und möglichste Förderung des Gesammtwohls Aller, woraus sich die fortdauernde Gültigkeit desselben erklärt [9]). Seine äußere Erscheinungsform ist ein einer höhern Gewalt, ohne welche er seine Zwecke nicht erreichen kann, subordinirter Verein von Menschen [10]). Man könnte ihn deßhalb definiren als die durch einen Verein von Menschen verwirklichte Idee der Fortbildung der Menschheit zur möglichsten Vollkommenheit. Freilich wird aber in der Wirklichkeit ein solcher idealer Staat nie existiren, sondern es werden vielmehr alle Staaten wegen der ihnen inwohnenden größern oder geringern Mängel, wo nicht als bloße Versuche, doch als vergängliche und unvollkommene Abdrücke eines unerreichbaren idealen Zustandes der Menschheit betrachtet werden können [11]).

---

[9]) Wir stimmen darin, so wie in vielen andern Punkten, ganz mit Henrici in seinem eben erwähnten Buche S. 56 überein und bemerken in Betreff der von der Souverainität des Staates hergeleiteten, neuerlich von Wippermann: Beiträge zum Staatsrechte, I. Beitr. S. 67 aufgestellten objectiven Ansicht: „daß die Staatsgewalt an und für sich jeglichen Zweck realisiren dürfe, und es lediglich von ihrem Ermessen abhänge, was sie thun beziehungsweise nicht thun werde," daß zwar der darin ausgesprochene Absolutismus nicht hinweggeleugnet werden kann, daß aber ein Staat seinem eigenen Interesse zuwiderhandeln würde, welcher keine Grenzen seines Thuns anerkennen und respectiren wollte. Mit dem höchsten Interesse seines Bestehens muß aber der Zweck des Staates selbst zusammenfallen, weil der der vollkommenste ist, der nicht von der Beschaffenheit seiner Einrichtungen, sondern lediglich von dem Aufhören der unvollkommenen Menschennatur seine Endschaft zu befürchten hat.

[10]) Ein bestimmtes Gebiet ist zum Begriffe des Staates nicht unbedingt erforderlich, weßhalb z. B. die Nomaden auch Staaten errichten können. Darüber ist zu vergleichen Wippermann, Beiträge zum Staatsrechte, I. Beitr. S. 49 ff.

[11]) Zu vergleichen ist die scharfsinnige Entwickelung des Begriffs von Volk und Staat in von Savigny's Systeme des heutigen Römischen Rechtes I. Bd. §. 8 u. 9 und Zachariä's 40 Bücher

Wenn nun schon einerseits von vielen die Realisirung der höchsten Idee des Rechtes irrthümlich als der alleinige Zweck der Staatsverbindung angesehen worden ist, so bedarf es andererseits wenigstens keines besondern Beweises darüber, daß die Aufrechthaltung der rechtlichen äußern Ordnung, so wie die Festhaltung, Vertheidigung und Förderung der Rechtsidee durch den Staatsverband ebensowohl und noch unmittelbarer bezweckt wird, als die moralische Entwickelung der Völker und die Beherrschung der Natur. — S. Zachariä's angeführte Schrift S. 214 ff. Dennoch genügt dieß aber nicht, um den Staat dadurch eo ipso zu berechtigen, die Strafe, als ein Mittel zur Realisirung der Rechtsidee, sobald dieser zuwidergehandelt wird, in Anwendung zu bringen, weil selbst bei Annahme des Grundsatzes: der Zweck heilige das Mittel, die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Strafe noch übrig bliebe. Ein solches Recht erwirbt der Staat vielmehr erst durch die vom Eintritt eines Individui in denselben nicht zu trennende stillschweigende oder ausdrückliche Uebereinkunft, sich den in dem Staate geltenden Einrichtungen und Gesetzen unterwerfen zu wollen, eine Uebereinkunft und resp. Zugeständniß, das, wie bereits oben erwähnt, bei den im Staate Gebornen erst dann eintreten kann und eintreten muß, wenn ihre geistigen Kräfte so weit entwickelt sind, um die Vortheile und Nachtheile im Allgemeinen beurtheilen zu können, die sie im Staate zu gewarten haben. Wollte sich ein Verbrecher damit vertheidigen, oder die Befugniß des Staates, ihn wegen des von ihm verübten Verbrechens zu strafen, damit zu bestreiten suchen, daß er

---

vom Staate I. Bd. namentlich S. 25, woselbst er den Staat eine auf die Herrschaft des Willens über die äußere Welt berechnete Anstalt nennt, durch welche ein jeder einzelne Mensch ohne Kränkung der Uebrigen, dieser Herrschaft, soweit es nur immer möglich ist, theilhaftig werden soll.

eine solche Ueberlegung nie angestellt, geschweige denn eine Uebereinkunft, wodurch er sich für die im Staate bestimmten Fälle der Bestrafung unterworfen, mit demselben geschlossen oder ein solches Zugeständniß gemacht habe, so ist dieses Raisonnement, so sehr es auch dem Concessionalgerechtigkeitsprincip nachtheilig und geradezu entgegen zu sein scheint, um deßwillen unrichtig und irrelevant, weil die Anerkennung der Strafgesetze und die Unterwerfung unter dieselben factisch durch die Theilnahme am Staatsverbande beurkundet und bethätigt wird und weil der Verbrecher aus demselben heraustreten mußte, wenn er den Bedingungen, von welchen der Staat gleich jedem andern Vereine die Theilnahme und resp. den Genuß gewisser Vortheile abhängig gemacht hat, nicht mehr unterworfen sein wollte.

Noch sind wir den Beweis dafür schuldig, daß im Staate das Institut der Bestrafung der Verbrechen überhaupt und namentlich aller Verbrechen rechtlich nothwendig, mit andern Worten, daß die Strafe mit dem Wesen des Staates so eng verbunden ist, daß die Zwecke des letztern ohne sie gar nicht erreicht werden können. Denn wäre dieß nicht der Fall, so bliebe die Frage nach der Befugniß des Staates, die Theilnahme an demselben von einer Uebereinkunft abhängig zu machen, wodurch er das Recht der Bestrafung seiner Unterthanen, für den Fall sie ein Verbrechen begehen, überhaupt erst erlangt, noch unerledigt. Wenn man auch in dieser Beziehung der Ansicht und den Gründen Martins, daß kein Staat fortbestehen könne, dessen Gesetze ihr Ansehen sogar in seinem eigenen Gebiete verloren haben, und jedes Verbrechen einen wenigstens mittelbaren Angriff auf das Gesetz enthalte, welches der verletzten Zwangspflicht zur Quelle diene, — vergl. dessen Lehrbuch des Criminalrechts §. 12 — nicht huldigen kann, weil aus der Mißachtung einzelner Gesetze, welche sich durch die Verübung der Verbrechen kund gibt, noch nicht der Ruin oder

Untergang eines Staates mit Bestimmtheit gefolgert werden kann, indem vielmehr erfahrungsmäßig manche Staaten, in denen gerade die wichtigsten Gesetze unbeachtet blieben, wenn auch in einem krankhaften Zustande, längere Zeit fortbestanden haben, weil, wenn gar kein Gesetz beobachtet würde, auch die gesetzlich angedrohte Strafe nicht zur Ausführung gebracht werden würde und der Staat als bestehend überhaupt nicht mehr angesehen werden könnte, weßhalb wir uns in diesem Falle außerhalb des Gebietes unserer Aufgabe befinden würden, und weil die Wiederherstellung des Ansehens der Gesetze, welche nur bei dem Verbrecher zunächst nöthig werden würde, durch die Strafe jedenfalls nur versucht, niemals mit Sicherheit erreicht werden kann, so ist doch so viel gewiß, daß erfahrungsmäßig andere Mittel, wie z. B. die Erziehung, Belehrung, der Unterricht, Verwarnung und Abmahnung, nicht hinreichen, um den Staat seine Aufgabe, Förderung des Gesammtwohles seiner Angehörigen, erreichen zu lassen. Da nun aber diese Aufgabe sowohl in Bezug auf den Einzelnen, als die Gesammtheit in einem rechtlichen Zustande gelöst werden kann und die oben angegebenen Mittel zu dessen Erhaltung und Wiederhervorbringung als unzulänglich erscheinen, so blieb und bleibt dem Staate in jedem Augenblicke nichts übrig, als auf ein anderes wirksameres Mittel gleichsam als den Diener der Gerechtigkeit bedacht zu sein, um den durch seine Existenz begründeten Verpflichtungen zu entsprechen[12]. Dieses Mittel ist die Strafe, die zwar scheinbar nur dem gegenwärtigen Zustande angepaßt ist und gänzlich überflüssig werden würde, sobald mit Bestimmtheit anzunehmen wäre, daß sie durch gelindere Mittel zu ersetzen sei, die aber in der sinnlichen Natur des Menschen eine unerschütterliche Stütze findet.

---

[12]) Es liegt übrigens auch im Staate der Rechtsgrund der Strafe nicht im Bestehen seiner selbst, weil, wenn durch dieses auch das

Zweite Abtheilung.

Kurze Darstellung und Beurtheilung der wichtigsten übrigen neuern Theorieen über die Begründung des Strafrechts.

Da die Beleuchtung und Kritik der bisher aufgestellten Strafrechtstheorieen hauptsächlich in der Absicht geschehen soll, um einestheils dem etwaigen Vorwurfe zu begegnen, als habe man sich, ohne die Urtheile und Meinungen derjenigen Philosophen und Juristen, welche ihre Aufmerksamkeit und Kräfte unserm Gegenstande geschenkt haben, gehörig zu würdigen, aus blinder Vorliebe einer einmal gefaßten Ansicht hingegeben, anderntheils um durch Vergegenwärtigung der bisherigen Systeme das Concessionalgerechtigkeitsprincip einer neuen Prüfung zu unterwerfen, weßhalb hier füglich diejenigen Theorieen und Systeme außer Acht gelassen werden können, welche sich nur in unwesentlichen Punkten von frühern unterscheiden und resp. dieselben weiter ausführen und vertheidigen, so soll die nachstehende Darstellung, was hier zum Voraus bemerkt wird, auf Vollständigkeit kei-

---

Institut der Strafe verlangt würde, dieß lediglich Sache der Erfahrung wäre und nur einen politischen Grund abgeben könnte; der aus der Vernunft entlehnte ist vielmehr die Aufrechthaltung des rechtlichen Zustandes, oder des der Rechtsidee entsprechenden Coexistenzialgesetzes. So wie denn auch nur dann eine Strafe auf Wirksamkeit Anspruch machen kann, wenn und insoweit sie der Idee des Rechtes entspricht, weil sie nur in so fern als nothwendige Folge des Verbrechens erscheint.

nen Anspruch machen. Unter Zugrundlegung der im Criminalrechte recipirten Eintheilung der Strafrechtstheorieen in absolute, als solche, welche die Strafe, als durch die Idee der Gerechtigkeit gerechtfertigt, betrachten, ohne Beziehung auf einen andern letztere vermittelnden Zweck, deßhalb Gerechtigkeitstheorieen, zuweilen auch Vergeltungstheorieen genannt, in relative oder Nutzenstheorieen, bei denen man davon ausgeht, daß mit der Strafe ein gewisser rechtlicher oder vielmehr den Rechtszustand befördernder Zweck, der aber einen selbstständigen Charakter wie Abschreckung, Besserung und dergleichen hat, zu erreichen sei, und in gemischte, welche entweder das Gerechtigkeitsprincip mit den äußern Zwecken der Strafe verbinden, oder welche mehrere Zwecke der Strafe zu erreichen suchen, leiten wir nunmehr die Aufmerksamkeit der geneigten Leser auf die vorzüglichsten Repräsentanten der verschiedenen Richtungen, das Strafrecht wissenschaftlich zu begründen, indem wir unsere bescheidenen Zweifel bei eines Jeden System anzugeben nicht unterlassen werden. Ueber die Eintheilung der verschiedenen Theorieen des Strafrechtes vergl. man Ludens Handbuch S. 30 ff.

Erstes Kapitel.

Von den sogenannten absoluten oder Gerechtigkeitstheorieen.

Bevor wir die absoluten Systeme des Strafrechts nach ihren mannichfaltigen Abweichungen und Nüancirungen durchgehen, noch ein Wort über die Haltbarkeit des ihnen zu Grunde liegenden Princips im Allgemeinen. Da es nur eine der Größe der Verschuldung in concreto entsprechende

Strafe zuläßt, mithin die subjective Seite der That sowohl, als deren Erscheinung in der Außenwelt berücksichtigt wissen will, da es seinem innersten Wesen nach nicht auf bloße unmoralische Handlungen Anwendung finden kann, sondern lediglich auf solche, die mit der Idee des Rechtes resp. der Gerechtigkeit unvereinbar sind, da eine jede Gesinnung, sei sie noch so verwerflich, eine Rechtsverletzung nicht enthalten kann, und deßhalb straflos bleiben muß, weil sie erst dann, wenn sie in die That übergegangen ist, einen Einfluß auf das der höchsten Idee des Rechtes entsprechende Coexistenzialgesetz äußert, da aber auch nach dem richtig aufgefaßten Principe der Gerechtigkeit nur dann und von dem gestraft werden darf, wenn und von wem ein solches Recht wirklich erworben worden ist, weil jedes einzelne Recht, folglich auch das der Bestrafung ein Zugeständniß dessen voraussetzt, auf welchen durch die Geltendmachung desselben eingewirkt werden kann, so ergibt sich daraus, daß man dem absoluten Principe mit Unrecht den Vorwurf der Einseitigkeit, der Unbestimmtheit, der allzu großen Weite, sowie der Anmaßung gemacht hat. Gleichergestalt ist aber auch, da der Begriff des Verbrechens und des Vergehens von einer Strafrechtstheorie unabhängig und älter als diese ist, bei dem Systeme der Gerechtigkeit aber als nothwendiges Requisit der Strafe gefordert wird, der Umfang des Strafgebietes genau bestimmt, und bedarf es deßhalb kaum der Erwähnung, daß bloß unerlaubte — unmoralische oder rechtswidrige — Handlungen von demselben ausgeschlossen bleiben müssen. Ueber den Grund, Zweck und Maaßstab der Strafe und deren Vereinbarkeit und nothwendigen Zusammenhang mit dem Systeme der Gerechtigkeit, sowie über die zur Berechtigung der Bestrafung im oder außerhalb des Strafgebietes erforderliche Vermittelung ist bereits das Nöthige gesagt worden.

Kant.

1) Die von Kant in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre ed. II., 1798, aufgestellte Theorie der Gerechtigkeit nimmt die Strafe als Selbstzweck, oder als durch die Vernunft um der Schuld willen unbedingt nothwendig gefordert an, das Strafgesetz ist ihm ein categorischer Imperativ und durch das Princip der Gleichheit, oder nach dem demselben entsprechenden Wiedervergeltungsrechte wird die Art und das Maaß der Strafe bestimmt.

„Richterliche Strafe," sagt Kant, „die von der natürlichen, wodurch das Laster sich selbst bestraft, und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden ist, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gut zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat. Denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Andern gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurtheilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst, oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein categorischer Imperativ und wehe dem, der die Schlangenwindungen der Glückseligkeitstheorie durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vortheil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben, entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: „es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe;" denn wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth, daß Menschen auf Erden leben [1]).

[1]) Mit Recht macht Hepp in der Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme ed. II., 1843, S. 80 darauf

Das Recht der Vernunft fordert Strafe als Vergeltung. Strafe ist also nicht Mittel, damit die Menschen in Zukunft nicht verletzt werden, sondern eine nothwendige Folge der Vernunft, die durch Unterlassung der Strafe unmittelbar jetzt verletzt würde. Das Gesetz des Nichtwiderspruchs, der Gleichmäßigkeit hat ein Recht, zu bestehen, und sein Bestehen ist eben die Talio. Nichtbestrafung des Verbrechens wäre eben das gegen das Vernunftgesetz, was Gewalt gegen den lebendigen Menschen."

Daß man sich versucht fühle und wohl auch den Grund dazu habe, danach zu fragen, was zu der Annahme berechtige, daß das Strafgesetz absolut nothwendig Anerkennung und Anwendung finden müsse und daß lediglich der Staat als berechtigtes Subject der Bestrafung anzusehen sei, womit unmittelbar eine Beziehung derselben auf den Staat und dessen Zweck ausgesprochen wird, ist von den meisten Gegnern Kants schon hervorgehoben worden. Es scheint uns aber auch die Kantische Ansicht um deßwillen zu starr und zur praktischen Durchführung nicht geeignet, weil nach ihr, wenigstens bei der Strafdrohung, die Criminalpolitik ganz unberücksichtigt bleiben müßte, weil die Nebenvortheile der Strafe, als Besserung, Abschreckung, Prävention, welche wenigstens in so fern Berücksichtigung verdienen, als sich deren Erreichung mit der Wahrung der Gerechtigkeit vereinigen läßt, oder als es letztere nach Beschaffenheit des

---

aufmerksam, daß durch den Kantischen Satz: die Schuld des Menschen soll durch ein gleichmäßiges Uebel vergolten werden, noch nicht entschieden sei, ob damit eine durch Gottes Anordnung getroffene Selbstvergeltung der Schuld gemeint sei, oder ob einem andern Wesen die moralische Pflicht, zu strafen, obliege und wer dieser Andere sei, ob der Verletzte, oder jeder Dritte, oder nur der Staat, noch auch ob das Vergeltungsmittel ein inneres oder ein äußeres Uebel, oder vielleicht beides zugleich sei.

einzelnen Falles gestattet, etwas rein Zufälliges werden würden, weil ferner nach ihr bei einzelnen Verbrechen, wie z. B. bei den Körperverletzungen, die Größe der individuellen Verschuldung gar nicht in computum gebracht werden würde und weil, wenn auch bei einzelnen Verbrechen, welche keine Wiedervergeltung zulassen, wie bei der Nothzucht, der Päderastie, der Sodomie, von Kant ein Ausweg angegeben worden ist, bei andern, welche derselben Kategorie angehören, vergeblich nach einem solchen gesucht wird. Der Falschmünzer beeinträchtigt den Regenten, den Staat in seinem Münzregale, ihm selbst aber kann es, weil er ein solches nicht besitzt, weder ganz, noch theilweise entzogen werden, er betrügt das Publicum, ihn selbst aber kann eine gleiche Täuschung möglicherweise gar nicht berühren, und eben so schwierig ist — wenn wir uns an die Stelle eines Kantianers versetzen — bei einer solchen strengen Wiedervergeltung in vielen Fällen der Weg zur Todes- oder Gefängnißstrafe [2]). Die materielle Talion würde nur bei Tödtungen und Körperverletzungen anwendbar sein, während man bei den Staatsverbrechen und bei den meisten Privatverbrechen auf analoge Strafen recurriren müßte, welche aber ebensowenig durchgängig der Gerechtigkeit entsprechen, sondern vielmehr, als mehr oder weniger auf Willkür beruhend, theils zu hart und grausam, theils aber auch, wie unter Umständen beim Diebstahl, zu mild erscheinen müssen, abgesehen davon, daß sie sich auch in vielen Fällen, wie z. B. beim Versuch eines Verbrechens aus andern Gründen als unanwendbar erweisen [3]). Bei

---

[2]) Nach unserm Systeme läßt sich, wie bereits angegeben, die Todesstrafe wegen der Untrennbarkeit des Lebens von der Persönlichkeit nicht rechtfertigen.

[3]) Grolman über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, Gießen 1799, S. 226, scheint Kant den Vorwurf zu machen, daß er die Rache, oder wenigstens ein Gefühl, welches sich zu derselben hinneigt, gelten und herrschen lässe. Darin

genauerer Prüfung des Kantischen Systems ergibt sich übrigens auch, was die Qualität der Strafe betrifft, daß nicht gerade eine dem zugefügten Uebel des Verbrechens, oder der in demselben enthaltenen Verletzung der Art nach gleiche Strafe, sondern eine solche, welche im Allgemeinen der Intensitivität des Verbrechens entspricht — jus talionis der Form nach genannt — verlangt wird. Wäre jenes aber der Fall, d. h. bildete die materielle oder eigentliche Talion das Princip der Strafe, so könnte nicht einmal darauf Rücksicht genommen werden, was der Verletzte durch das Verbrechen im einzelnen Falle einbüßte, indem streng genommen nach dem Satze: Auge um Auge, Zahn um Zahn, verfahren werden müßte, während bei dem relativen Werthe der Güter, welche entzogen, und der Uebel, welche zugefügt werden können, die Talion, soll sie mit der Gerechtigkeit überhaupt harmoniren, nur in dem Sinne verstanden werden kann, daß dadurch dem Verbrecher mit Berücksichtigung sämmtlicher vorhandenen Umständen dasselbe Uebel widerfährt, welches er dem Verletzten zugefügt hat. Endlich ist noch gegen die Kantische wie gegen die Theorie der Wiedervergeltung überhaupt zu erinnern, daß sie in Betreff der Ausmessung der Strafe eine Verwechselung der in dem Verbrechen liegenden formellen Rechtsverletzung oder Illegalität mit dem durch dasselbe angerichteten materiellen Schaden veranlaßt, und daß die Wiedervergeltung selbst als formale weder eine durchgreifende Anwendung gestattet, noch der Gerechtigkeit überall entspricht.

Einige wahre Bemerkungen finden sich in Henke's Schrift über den gegenwärtigen Zustand der Criminalwis-

---

thut er aber dem Philosophen jedenfalls Unrecht, weil nach ihm gerade die Strafe von jedem individuellen Streben und von jeder besondern Neigung eines Dritten unabhängig sein soll, indem sich vielmehr die Strafe nur als nothwendige Folge der eigenen Principien und Handlungsweise des Verbrechers darstellt.

senschaft, Landshut 1810, S. 11 ff. Vergl. auch Bauer, die Warnungstheorie, Göttingen 1830, S. 282 ff. u. a. a. O. die treffliche Ausführung Hepps in dessen obengenanntem Werke S. 64 ff. und Abichts Lehre von Belohnung und Strafe I. Bd. S. 360—376, dessen Prüfung sich hauptsächlich auf Kants Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788, bezieht. Ueber das Verhältniß der Kantischen und Fichteschen Philosophie zum Strafrecht, sowie über die Strafrechtstheorieen des subjectiven Idealismus überhaupt sehe man Köstlins Neue Revision S. 805 ff.

Zachariä.

2) Der Gedanke der moralischen Wiedervergeltung liegt der Theorie Zachariä's (Anfangsgründe der philosophischen Rechtslehre, Leipzig 1805) zu Grunde, welcher das zu strafende sittliche Unrecht auf Rechtsverletzungen beschränkt. Die allein zulässige Strafart aller dieser Rechtsverletzungen sind ihm aber die Freiheitsstrafen, und, um dieß zu beweisen, raisonnirt er:

„Eine Strafe ist nur in so fern gerecht, als sie verdient ist, mithin nur in so fern, als die Qualität und Quantität derselben durch die Qualität und Quantität des Verbrechens bestimmt wird. Nun wird aber durch das Rechtsgesetz die äußere Freiheit des Menschen nicht an sich, sondern nur in Beziehung auf Andere beschränkt, mithin können auch die juridischen Strafen nur darin bestehen, daß die Freiheit des Thäters in Beziehung auf Andere aufgehoben wird. Die Dauer dieser Freiheitsstrafe ist nach dem Rechte der Wiedervergeltung zu bestimmen. Um aber die Zeitdauer des Gefängnisses nach dem Grade der äußern Ungerechtigkeit bestimmen zu können, muß man bei der Beurtheilung des Grades der Strafwürdigkeit vorerst die Maxime des Handelnden und den schmerzhaften Eindruck des Verletzten ausschließen, denn hierauf bezieht sich die Wiedervergeltung nicht. Mithin kann

zur Bestimmung der Dauer der Gefängnißstrafe nur der Grad der äußern Ungerechtigkeit (Rechtsverletzung) in die Gleichung kommen; oder die Gefängnißstrafe wird, wie er an einem Orte sagt, durch das Recht der Wiedervergeltung unmittelbar bestimmt, so daß bei Verbrechen, welche die Persönlichkeit des Verletzten schlechthin aufheben, lebenslängliche, bei denjenigen, welche nur eine Freiheitsbeschränkung enthalten, eine von dieser selbst abhängende Gefängnißstrafe eintritt. Diese muß aber so lange dauern, um ein dem verursachten Geldverluste gleiches Quantum zu verdienen."

Wenn nun auch der Scharfsinn, mit welchem das Zachariäsche System entwickelt und durchgeführt worden ist, nicht zu verkennen ist, so scheint es uns doch den an ein solches zu machenden Anforderungen nicht zu entsprechen, weil es nicht in allen Fällen ausreicht, so daß bei der Bestrafung einzelner Verbrechen die Willkür des Gesetzgebers oder des Richters entscheiden muß und die Strafe anderer Verbrechen wie z. B. des Diebstahls viel zu gelinde berechnet werden müßte, weil sie wie die Kantische Theorie der Gesinnung des Handelnden auf die Größe der Strafe gar keinen Einfluß gestattet, weil der Grad der äußern Ungerechtigkeit oder Rechtsverletzung durchaus nicht genügt, um die einem jeden Verbrechen oder Vergehen entsprechende Strafe aufzufinden, weil es die Zahl der strafbaren Verbrechen — zu denen der Versuch unter Umständen allerdings gehört — allzusehr beschränkt, weil das Verbrechen nur das von dem Begriffe der Rechtsverletzung selbst unabhängige medium bildet, mithin auch keinen Einfluß auf die Strafgattung üben kann, und weil Zachariä's Ansicht bei praktischer Durchführung zu den gröbsten Inconsequenzen führt, indem die größten Rechtsverletzungen ungestraft bleiben müßten, wenn ihnen nur eine subjectiv moralische Triebfeder zu Grunde gelegen hat. Daß, wie Welcker in den letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe, Gießen 1813, S. 198 gegen die Wiedervergeltungs-

theorie überhaupt erinnert, durch diese die materielle Seite des Rechts mit der intellectuellen verwechselt werde, weil für die bloß materielle Kraft und Störung der Rechtsordnung Strafe wahrer Unsinn wäre, indem im Materiellen weder Gefühl der Strafe noch Freiheit, je anders thätig zu sein, wäre, als es eine blinde Nothwendigkeit unabänderlich fordere, ist eine Einwendung, die in der Anwendung auf die möglichen Subjecte von Verbrechen und Vergehen, welches eben nur Personen sein können, sich von selbst erledigt und unpraktisch wird, wenn sie auch das Wahre enthält, daß die Wiedervergeltung ein bei Weitem umfassenderer Begriff als der der Strafe, und daß die materielle Verletzung nicht der hauptsächlichste, geschweige denn der alleinige Prüfstein für die Abmessung der Strafe ist. Dagegen erweist sich das von Zachariä angenommene Recht des Verbrechers auf die Strafe als unbegründet, oder wenigstens als höchst illusorisch und unpraktisch, weil es dann von dem Belieben eines jeden Verbrechers abhängen müßte, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen wollte. Und da dieß wohl kaum geschehen würde, so beruhte die dem Rechte des Einzelnen correspondirende Pflicht des Staates auf einer eben so schwachen Grundlage.

Noch andere, zum Theil sehr treffende Einwendungen finden sich in Welckers erwähnter Schrift, der namentlich S. 211 auch darauf aufmerksam macht, daß mit dem neben dem Rechte der Wiedervergeltung eingeräumten politischen Strafrechte zur Sicherung und Abschreckung, wie dieß von Fries Philosophische Rechtslehre geschehen, eher neue Bedenken und Inconvenienzen entstehen, als es die bisherigen zu beseitigen geeignet ist. Endlich ist auch nicht zu verkennen, und von Hepp in dessen mehrerwähntem Werke S. 114 ff. näher ausgeführt worden, daß Zachariä beim Verbrechen etwas Anderes unter der äußern Freiheit verstanden habe, als bei der eine Beschränkung derselben enthaltenden Strafe

und daß der Begriff jener — rechtlichen — ein viel weiterer als dieser — der persönlichen — Freiheit sei, abgesehen davon, daß auch die Beschränkung der Freiheit nur beim Menschenraube und bei der widerrechtlichen Gefangenhaltung, mit andern Worten den Verbrechen wider die persönliche Freiheit als das charakteristische Merkmal angesehen werden kann und deßhalb die Gefängnißstrafe bei den allermeisten Verbrechen mit Grund den Namen einer Wiedervergeltung gar nicht verdient. Vergl. noch die von Bauer die Warnungstheorie §. 54 und 55 gegen die absolute Theorie, namentlich gegen die Wiedervergeltung geltend gemachten Gründe.

Hegel.

3) Eine eigenthümliche Theorie der Vergeltung nimmt Hegel in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausgegeben von Gans, Berlin 1833) an, woselbst er in §§. 97—102 sagt:

„Die Verletzung des Rechts als Recht ist zwar eine positive äußerliche Existenz, die aber an sich nichtig ist. Durch ein Verbrechen wird nämlich etwas verändert, und die Sache existirt in der Veränderung; aber diese Existenz ist das Gegentheil ihrer selbst und in so fern nichtig. Das Nichtige ist dieß, das Recht als Recht aufgehoben zu haben. Das Recht nämlich als etwas Absolutes ist unaufhebbar, also ist die Aeußerung des Verbrechens an sich nichtig, und diese Nichtigkeit ist das Wesen der Wirkung des Verbrechens; was aber nichtig ist, muß sich als solches manifestiren, d. h. sich selbst als verletzbar darstellen. Die That des Verbrechers ist nicht ein Erstes, Positives, zu welchem die Strafe als Negation käme, sondern ein Negatives, so daß die Strafe nur Negation der Negation ist. Das wirkliche Recht ist Aufhebung dieser Verletzung, das eben darin seine Gültigkeit zeigt und sich als ein nothwendiges vermittelndes Dasein bewährt. Die Verletzung als nur an dem äußerlichen

Dasein oder Besitze, ist ein Uebel, Schaden an irgend einer Weise des Eigenthums oder Vermögens. Die Verletzung aber, welche dem an sich seienden Willen widerfährt, hat an diesem, als solchem, keine positive Existenz, so wenig als an dem bloßen Producte. Für sich ist dieser Wille vielmehr das äußerlich nicht Existirende und in so fern das Unverletzbare. Ebenso ist die Verletzung für den besonderen Willen des Verletzten und der Uebrigen nur etwas Negatives. Die positive Existenz der Verletzung ist nur als der besondere Wille des Verbrechers (anzusehen); die Verletzung dieses, als eines daseienden Willens, ist also das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde, und ist die Wiederherstellung des Rechts.

Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht, sondern sie ist auch ein Recht an dem Verbrecher selbst, d. i. in seinem daseienden Willen, in seiner Handlung gesetzt. Denn in seiner, als eines Vernünftigen, Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, welches er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also, als unter sein Recht, subsumirt werden darf.

Das Aufheben des Verbrechens ist in so fern Wiedervergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist, und, wie das Verbrechen, dem Dasein nach, einen bestimmten qualitativen und quantitativen Umfang hat: so hat auch dessen Negation, die Strafe, einen solchen. Diese, auf dem Begriffe ruhende Identität, ist aber nicht Gleichheit in der specifischen, sondern in der an sich seienden Beschaffenheit der Verletzung, nach dem Werthe derselben. Der Begriff selbst muß das Grundprincip für das Besondere enthalten. Diese Bestimmung des Begriffs ist aber eben jener Zusammenhang der Nothwendigkeit, daß das Verbrechen, als der an sich nichtige Wille, seine Vernichtung, die als Strafe erscheint, in sich selbst enthalte. Die innere

Identität ist es, die am äußerlichen Dasein sich für den Verstand als Gleichheit reflectirt. Die qualitative und quantitative Beschaffenheit des Verbrechens und seines Aufhebens fällt in die Sphäre der Außenwelt. In dieser ist ohnehin keine absolute Bestimmung möglich. Da nun bei dem Verbrechen das Unendliche der That die Grundbestimmung ist, so verschwindet das bloß äußerlich Specifische um so mehr, und die Gleichheit bleibt nur die Grundregel für das Wesentliche, was der Verbrecher verdient hat, aber nicht für die äußere specifische Gestalt dieses Lohns. Nur nach der letzteren sind Diebstahl, Raub und Geld- oder Gefängnißstrafen &c. schlechthin Ungleiche, aber nach ihrem Werthe, nach ihrer allgemeinen Eigenschaft, Verletzungen zu sein, sind sie Vergleichbare. Es ist dann die Sache des Verstandes, die Annäherung an die Gleichheit ihres Werthes zu suchen. Wenn aber bei der Vergeltung überhaupt nicht auf specifische Gleichheit gedrungen werden kann, so ist dieß doch anders bei dem Morde, worauf nothwendig die Todesstrafe steht. Denn da das Leben der ganze Umfang des Daseins ist: so kann die Strafe nicht in einem Werthe, den es dafür nicht gibt, sondern wiederum nur in der Entziehung des Lebens bestehen."

Wenn nun Hegel zuvörderst in der Nichtigkeit das Wesen der Wirkung des Verbrechens erblickt, weil das Recht als etwas Absolutes als unfehlbar, mithin die Aeßerung des Verbrechens an sich nichtig sei, so müßte er consequent, zumal er das Straf- und das Sittengesetz nicht trennt, das Wesen der Wirkung jeder unmoralischen Handlung, weil aus einer solchen dieselben Prämissen entlehnt werden können, ebenfalls als deren Nichtigkeit bezeichnen, so daß sie, im Effecte wenigstens, von einem Verbrechen nicht verschieden und gleich diesem mit Strafe zu belegen wäre, was doch Niemand behaupten wird. Wir können vielmehr nur den Einfluß, welchen das Verbrechen, oder die Verletzung der Rechts-

idee resp. des Coexistenzialgesetzes auf das dem entsprechende Verhältniß der Menschen übt, als das Wesen der Wirkung des Verbrechens anerkennen. In diesem aber sowohl, als in der Strafe liegt wirklich etwas Positives, weil jenes den Gebrauch seiner Kräfte von Seiten des Verbrechers, diese, welche Hegel selbst eine positive Handlung eines subjectiven Willens nennt, eine Thätigkeit des Strafenden voraussetzt; nur so viel kann man behaupten, daß jede verbrecherische That als etwas wirklich Positives [4]) in der äußern Erscheinung sich als Negation des Rechtes darstellen kann, wie dieß z. B. bei den verstocktesten Verbrechern der Fall ist. Nothwendig ist dieß aber durchaus nicht, indem die Meisten recht wohl wissen und erkennen, daß ihre That mit dem Rechtsgesetze im Widerspruche steht. Auf andere Menschen (als den Verletzenden und Verletzten) kann aber das Verhältniß des Verbrechens zum Rechte nicht bezogen werden, weil es etwas Zufälliges, wenigstens nichts Nothwendiges ist, daß deren außer diesen existiren und Kenntniß von dem Verbrechen erhalten und weil, wenn dieß der Fall ist, ihre Rechte weder negirt noch aufgehoben werden, noch auch das Coexistenzialgesetz selbst durch die verbrecherische That hinweggeleugnet, sondern nur in den dasselbe repräsentirenden Gesetzen gefährdet und verletzt erscheint. Die behauptete Nichtigkeit jeder verbrecherischen Handlung läßt sich zwar nicht hinwegleugnen, wenn es aber noch einer Manifestation des nichtigen Unrechts, wiewohl es sich als solches durch Verübung desselben schon kund geben müßte, bedürfte, so würde dazu, wie Luden nicht ohne Grund hervorgehoben hat, die Nichtigkeitserklärung oder die etwaige Entschädigung, welche der Verbrecher zu leisten hätte, vollkommen ausreichen.

---

[4]) Nach Hegel nur positiv in dem besondern Willen des Verbrechers selbst.

Ferner möchte es zu weit gegangen sein, wenn von Hegel behauptet wird, daß es sowohl die Natur des Verbrechens, als der eigne Wille oder die Einwilligung des Verbrechers sei, daß die von ihm ausgehende Verletzung aufgehoben, m. a. W. daß sie mit Strafe belegt werde. Dieß wird nur in einzelnen Ausnahmsfällen Bestätigung finden, während in der Regel der Verbrecher zwar wünscht, daß alle übrigen Verletzungen des Rechtsgesetzes, wenigstens soweit sie sein Interesse berühren, ans Licht gezogen und geahndet, über seine eigenen aber mit der Strafe, als einem wirklichen Uebel, hinausgegangen werde; abgesehen davon, daß, wie Hepp, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme S. 180, richtig bemerkt, eine eigentliche Aufhebung der im Verbrechen enthaltenen Rechtsverletzung oder des Unrechts überhaupt nicht denkbar, jedenfalls aber nicht erwiesen ist, daß die Strafe das einzige oder zweckmäßigste Mittel einer solchen Aufhebung sei. Noch seltener aber wird der Verbrecher die Strafe als Anerkennung seiner Vernunft, oder als ihm als vernünftigem Wesen gebührende Ehre in Anspruch nehmen, so wie umgekehrt die Straflosigkeit oder Begnadigung desselben eher als Zeichen der Achtung seiner Persönlichkeit, als der Mißachtung oder Unehre gelten wird. Was die Art und das Maaß der Strafe selbst betrifft, die übrigens nach Hegel außer beim Morde nur annäherungsweise, also nie mit der Gerechtigkeit vollkommen übereinstimmend bestimmt und resp. aufgefunden werden kann, so finden wir in seinem Principe keinen Anhaltspunkt weiter, als die nach dem Werthe der Verletzung sich richtende Gleichheit oder Wiedervergeltung [5]) im Gegensatze der specifischen oder materiellen Talion. Das Verhältniß, in welchem die einzelnen Verbrechen mit bestimmten Strafen

---

[5]) Dem qualitativen und quantitativen Umfange der im Verbrechen und in der Strafe enthaltenen Verletzung nach.

stehen, aufzufinden, ist nach Hegel nicht Sache der Philosophie, sondern einer verständigen Gesetzgebung, wobei freilich die willkürlichste Strafbestimmung zu Grunde gelegt werden kann.

Noch weiter haben sich über die Hegel'sche Ansicht verbreitet Hepp in dem oben angeführten Werke S. 170 ff. und Henrici: über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips S. 248 ff., der unter andern die treffende Bemerkung macht, daß, da diesem Philosophen der Begriff des Rechts für die Idee der selbstbewußten Freiheit gilt, keine einzige Handlung und folglich auch kein Verbrechen, das mit selbstbewußter Freiheit verübt wird, ein Unrecht sein würde, weil es keine Negation, sondern der vollste Gebrauch dieser Freiheit sein würde.

Jacob.

4) Jacob nimmt eine rechtliche Vergeltung nach moralischen Grundsätzen an, ihm ist die Strafe ein physisches Uebel, welches zu leiden dem Andern um der Verletzung einer Pflicht willen zugefügt wird, und die Bestrafung oder Vergeltung ist gerecht, in wiefern sie den Rechtsgesetzen angemessen ist. Die letztere Behauptung ist nun zwar keinem gegründeten Zweifel unterworfen, weil sich eben die Gerechtigkeit anders nicht als die Einstimmung mit dem Rechtsgesetze auffassen läßt, oder weil vielmehr das Letztere die Form ist, unter welcher die Rechtsidee, welcher die Gerechtigkeit als etwas Abgeleitetes jederzeit entsprechen muß, dargestellt und praktisch wird; dagegen erweist sich die Jacob'sche Definition der Strafe als unrichtig und zu weit gehend, weil die Verletzung einer Pflicht nicht nothwendig zugleich eine Verletzung des Coexistenzialgesetzes oder — mit Rücksicht auf die Existenz des Staates — die Ueberschreitung eines Strafgesetzes enthält[6]), eine solche aber nur bestraft

---

[6]) Man denke z. B. nur an die moralischen Verpflichtungen, an die sogenannten Liebes= oder Gewissenspflichten.

werden darf, während es umgekehrt keinen Zweifel leidet, daß alle zurechenbaren Rechtsverletzungen zugleich Verletzungen des Moralgesetzes sind und weil nach der Jacob'schen Definition ein Unterschied zwischen dem civilen und criminellen Unrechte nicht stattfinden würde. Will man deßhalb nicht alle unmoralischen Handlungen mit in das Bereich des Strafrechtes ziehen, so kann man sich zu der Jacob'schen Theorie um so weniger bekennen, als sie die Einwendungen, welche dem materiellen Vergeltungs= oder Talionssysteme überhaupt gemacht werden können, zu beseitigen nicht geeignet ist. Lassen wir demnächst Jacob (Philosophische Rechtslehre) selbst reden, um seine Anschauungsweise besser verstehen und beurtheilen zu können:

„Aller Zwang ist ein physisches Uebel, also auch derjenige Zwang, welcher um einer Beleidigung willen zugefügt wird, d. h. die Strafe, und da der Grund der Strafe einzig in der Beleidigung liegt, so hat die Strafe an sich betrachtet gar keinen materiellen Zweck, sie ist bloß die rechtliche Folge in einer moralischen Ordnung. Es können zwar verschiedene Zwecke mit ihr verbunden werden, und wenn diese Zwecke zugleich auf den Nutzen des Bestraften abzielen, so wird die Strafe gütiger, aber nicht gerechter. Die Gerechtigkeit der Strafe kann da sein, wenn auch nicht die allermindeste Güte für den Bestraften dabei beabsichtigt wird. Das Zwangsmittel heißt gerecht, wenn es erstlich: nach der Idee der moralischen Ordnung der Beleidigung proportionirlich ist, folglich Niemandes Rechte dadurch verletzt werden, und zweitens, wenn der, welcher es zufügt, ein Recht dazu hat. Berechtigt ist aber nur der Beleidigte, den Beleidiger nach rechtlichen Principien zu strafen, oder ihm das Unrecht auf eine rechtsgemäße Art zu vergelten. Denn Niemand hat das Recht, Andere zu zwingen, außer wenn er beleidigt ist.

Aus welchen innern Beweggründen er den Beleidiger straft, darauf kommt es bei der Frage der Gerechtigkeit nicht an. Die Begierde, seinen Feind aus Lust zu strafen, heißt Rache. Die Rache ist nicht äußerlich ungerecht, außer wenn ihre Wirkung größer ist, als es die Gesetze der Gerechtigkeit gestatten. Denn bei der gerechtesten Strafe können oft die unmoralischsten Beweggründe dessen, der da straft, stattfinden. Die Strafe ist aber der Beleidigung angemessen, wenn sie in einer moralischen Ordnung als möglich gedacht werden kann. In einer moralischen Ordnung, deren höchster und letzter Zweck in der Harmonie der freien und ungehinderten Wirksamkeit aller moralischen Wesen besteht, kann nun aber ein Uebel durch ein Gesetz als möglich gedacht werden, dessen Vorstellung, wenn es sich der Beleidiger als eine gewisse und unvermeidliche Folge seiner Beleidigung vorgestellt hätte, ein hinreichender Bestimmungsgrund für ihn gewesen sein würde, die Beleidigung zu unterlassen. Denn dadurch würde Jedem Sicherheit seiner Rechte oder vollkommene Freiheit verschafft werden, ohne die Rechte eines Andern, selbst des Beleidigers, zu verletzen. Letzterer würde dadurch nur gehindert, Anderer Freiheit zu verletzen, aber seine eigene rechtmäßige Freiheit wäre dadurch gar nicht angetastet. Jedes größere Uebel würde dem Beleidiger ohne moralischen Grund, folglich ohne Recht, zugefügt. Eine gerechte Strafe darf also nicht größer sein, als es nöthig ist, um durch deren Vorstellung in einer moralischen Ordnung die Beleidigung zu verhüten.

In einer moralischen Ordnung würde aber, wenn der Beleidiger mit Sicherheit darauf rechnen könnte, daß ihm für die Beleidigung unvermeidlich ein ebenso großes und wichtiges Uebel widerfahren würde, als seine Beleidigung für den Beleidigten ist, die Vorstellung von einem solchen Uebel ein hinreichender Grund sein, ihn von der Beleidigung abzuhalten. Mithin ist eine Strafe, welche dem Be-

leidiger ein für ihn ebenso großes Gut nimmt, oder ein für ihn ebenso großes Uebel zufügt, als er dem Beleidigten durch die Beleidigung entzogen, oder zugefügt hat, der Beleidigung proportionirlich, folglich gerecht."

Hier bemerken wir zuvörderst, wie Hepp in seiner mehrerwähnten Schrift S. 54 hervorgehoben, den sonderbaren Sprung, oder die eines Beweises bedürftige Annahme, daß die materielle Wiedervergeltung die der moralischen Ordnung angemessene Strafe sei, weil sie im Stande wäre, wirksam Jedermann von Verbrechen abzuschrecken. Denn abgesehen davon, daß diese Behauptung lediglich aus der Erfahrung entlehnt, nicht aber philosophisch nachgewiesen werden könnte, und nicht zu gedenken, daß, consequent obiger Annahme, die Erlassung der verdienten Strafe sich mit der moralischen Ordnung unter allen Umständen nicht vereinigen lassen würde, was Jacob selbst nicht zugibt, so involvirt sie auch eine petitio principii, diese wird aber um so fühlbarer, wenn es sich um die Bestrafung im Staate handelt, der durch die meisten Verbrechen in seinen Rechten wenigstens unmittelbar nicht verletzt zu werden pflegt. Ueberhaupt aber scheint die Hineinziehung des moralischen Princips in das Strafrecht nicht empfehlenswerth, weil dadurch Widersprüche entstehen, an welchen die ohnedieß in der Anwendung unzureichende Talion unvermeidliche Klippen und Hindernisse findet, wie schon die Strafe selbst als ein äußeres Uebel dem moralischen Bewußtsein fremd ist und weil die Größe der moralischen Schuld, welche bei demselben Verbrechen unter veränderten Umständen höchst verschieden sein kann, nach Rechtsgrundsätzen nicht bemessen werden kann.

Ja wenn man auch über die Unvergleichbarkeit der innern Schuld mit äußerm Schmerz und dem in der Strafe liegenden sinnlichen Uebel hinausgehen wollte, so wäre der Richter bei Abwägung der Schuld und Bestimmung der

ihr correspondirenden Strafe den gefährlichsten Täuschungen unterworfen, wenn ihm dabei nur das Moralgesetz zu Gebote stände. Um diese Verlegenheit zu vermeiden, hätte aber Jacob das Rechtsgesetz von dem Sittengesetz trennen müssen, anstatt jenes aus diesem abzuleiten, dann hätte er zu der nicht zu bestreitenden Wahrheit gelangen können, daß die Ausübung eines Rechtes eine wirkliche Immoralität enthalten kann, so grell dieselbe auch scheinen mag, und zugeben müssen, daß die Definition für das Recht als facultas moralis agendi auf der einen Seite zu weit, auf der andern zu eng ist. In vielen Punkten stimmt mit Jacob — Abicht überein, nach dessen Theorie eigentlich das Recht zu strafen als ein begründetes Forderungsrecht ganz geleugnet und dem Staate nur die Pflicht auferlegt wird, angemessene Erziehungs-, Sicherungs- und Besserungsmittel anzuwenden. Er huldigt also, wenn auch unbewußt, den Principien der relativen Systeme und hat die ihn leitenden Grundsätze in seiner Schrift: Ueber Belohnung und Strafe, Erlangen 1796, niedergelegt. Im zweiten Bande S. 247 heißt es: „Die Strafgerechtigkeit ist also im bürgerlichen Gerichte durchaus unmöglich; sie ist ein unreifes, ja ein nie reifendes Gedankending," und S. 29 und 31: „Den Missethätern werden zuweilen Uebel angethan werden müssen. Aber Zuchtübel dürfen das nur sein, keine Strafübel, und es hat sich die Gerechtigkeit der Züchtigungen nach ganz andern Gesetzen zu richten, als die Gerechtigkeit der Strafen. Der wahre Begriff von einer Strafe kann aber nur der eines widrigen Gefühles der Schuld oder der verschuldeten Unwürde selbst sein, nicht aber das Leiden eines andern Uebels, das keine Unwürde und Schuld selbst ist."

Henke.

5) Henke's Theorie des Strafrechts liegt die moralische Vergeltung zu Grunde, welche mit der moralischen Besserung des Verbrechers dergestalt coincidirt, daß letztere das

vermittelnde Princip für die Qualität und Quantität der Strafe bildet. Er drückt sich darüber in seinem Lehrbuche der Strafrechtswissenschaft, Zürich 1815, folgendermaaßen aus:

„So wie nur die Ideen in jeder Wissenschaft das einzig Leitende sein können, so muß auch das Strafrecht, wie jeder andere Theil der Rechtswissenschaft, die Idee der Gerechtigkeit als seine Grundlage anerkennen. Diese Idee fordert die Vereinigung der Menschen in Staaten, als dem einzigen Zustande, in welchem eine vollkommene menschliche Ausbildung unserer Anlagen und Kräfte stattfinden kann, und daß die Menschen in der innigsten Verbindung mit dieser Einheit leben, macht so wesentlich die Sittlichkeit Aller aus, daß die Sittlichkeit jedes Einzelnen, als etwas bloß Negatives, als die Möglichkeit des Gemeingeistes gedacht werden kann. Hieraus folgt, daß diese Idee auch eine Zurückwirkung von Seiten der Majestät des Staats gegen jeden Versuch fordert, den ein Einzelner machen könnte, um sich von der Einheit mit dem Ganzen loszureißen, und sich den Gesetzen zu entziehen, wonach sie sein Leben ordnet. Diese Zurückwirkung, welche die Harmonie des Ganzen wiederherstellen soll, ist das, was man Strafe nennt. Diese Idee verkündet sich, wie jede andere Idee, bei einem Jeden, in dem die Menschheit ausgebildet ist, durch das Gefühl, durch eine unbezwingliche Stimme im Innern, welche fordert, daß jede böse That mit Strafe vergolten werden soll.

Die Vernunftmäßigkeit dieser Idee tritt von einer doppelten Seite hervor. Zuerst mit Rücksicht auf den Verbrecher, der, so gewiß er ein Vernunftwesen ist, selbst früher oder später die Strafe auf sich herabrufen wird, weil dieß das einzige Mittel für ihn ist, sich mit seinem Schutzgeiste auszusöhnen, und die Bedingung, unter welcher er seinen innern Frieden wieder erwerben kann. Sodann mit Rücksicht auf den Staat, der, als Organismus gedacht, noth-

wendig jeden krankhaften Zustand eines seiner Glieder mit empfinden muß und nicht eher die verlorene Gesundheit wieder bekommt, bis dem Verbrecher die Strafe widerfahren ist, die er verdient, und bis er entweder physisch oder bürgerlich vernichtet, oder dadurch, daß er sich einer andern, seine Existenz nicht aufhebenden Strafe unterwirft, anerkennt, daß er ein dienendes Glied des Ganzen und dem gemeinschaftlichen Gesetze unterworfen ist, und so in das richtige Verhältniß zum ganzen Organismus zurücktritt"; — und an einer andern Stelle:

„Alles Bestreben des Staates muß, wenn der Staat ein unmittelbares und sichtbares Bild des abstracten Lebens sein soll, auf die Realisirung der Idee sich richten, und die Unmöglichkeit, diese jemals vollständig in der Darstellung zu erreichen, kann ihn von dem Bestreben danach nicht lossprechen. Wenn es ihm daher auch niemals gelingen wird, selbst in einem concreten Falle die individuelle Schuld genau zu erforschen und eine ihr völlig correspondirende Strafe auszumitteln; wenn daher auch die Idee der Gerechtigkeit in der Criminaljustiz nie vollständig wird realisirt werden können: so berechtigt dieß dennoch keineswegs zu der Folgerung, daß das Wesen und der Rechtsgrund der Strafe ein anderes sein müsse, als die moralische Vergeltung, und daß es eine von der moralischen Strafe gänzlich getrennte und verschiedene bürgerliche Strafe gebe. Man verlange keinen Beweis, keine wissenschaftliche Begründung dieser Ansicht. Sie findet ihre Beglaubigung in der durch innere Forderung der Vernunft sich verkündenden Idee der Gerechtigkeit, die als unmittelbare Wahrnehmung der Vernunft sich dem begreiflichen Wissen stets entzieht. Fordert man noch eine äußere Begründung, so wende man den Blick zurück auf die mannichfachen, aus Begriffsschöpfungen hervorgehenden Theorieen, die, sich unter einander vernichtend, durch ihren Untergang selbst die Hoheit der Idee bekräftigen.

Zwar wendet man dagegen ein, daß die Vergeltung um deßwillen nicht als oberster Zweck der Strafe betrachtet werden könne, weil sie die Wiedervergeltung einer Wehethat, also ein Uebelthun sei. Wer daher strafe, um zu strafen, der wolle nothwendig auch die Wehethat, und könne deßhalb auch dem Vorwurfe des Uebelwollens sich nicht entziehen. Allein man hat dabei das innerste Wesen der Strafe, als einer Aussöhnung des Verbrechers, nicht nur mit der Gesellschaft, sondern auch mit sich selbst, die Besserung desselben, die nicht etwa bloß als äußerer zufälliger Strafzweck betrachtet werden darf, gänzlich übersehen. Wer da straft, um zu strafen, straft nothwendig auch, um den Seelenkranken zu heilen, zu bessern; das Eine kann nicht ohne das Andere gedacht werden. Wie könnte also den Strafenden der Vorwurf des Uebelwollens treffen? Die Idee der Gerechtigkeit, welche sich Jedem durch das unbezwingliche innere Gefühl ankündigt, daß jede böse That durch Strafe vergolten werden soll, behauptet selbst in dem Verbrecher ihre Macht, der, wie nicht seltene Beispiele lehren, von den Qualen des Gewissens getrieben, sich der strafenden Gerechtigkeit selbst überliefert, um die Schuld durch Blut von sich abzuwaschen und sich nicht nur mit der Gesellschaft, sondern auch mit seinem bessern Selbst auszusöhnen.

Auch der Einwand, daß, wenn man die Strafe aus diesem Gesichtspunkte auffasse, damit die Todesstrafe gänzlich ausgeschlossen sei, ist ungegründet. Durch die Strafe soll nach der bisherigen Ausführung der innere Widerspruch, in welchen der Verbrecher durch die Uebelthat mit sich selber zerfallen, aufgehoben werden, und wer möchte zweifeln, daß es Fälle geben könne, wo die Verschuldung so groß ist, daß sie nur durch Blut getilgt werden kann; daß es Verbrecher gebe, für die jedes andere Heilmittel fruchtlos, deren übersinnliche Existenz nur durch die Aufopferung der sinnlichen zu retten ist. Ingeniis talibus, bemerkt Seneca, vitae

exitus remedium est, optimumque est abire ei, qui ad se nunquam rediturus est."

Wenn schon im Allgemeinen die Hauptidee der gleichen Vergeltung einen solchen vermittelnden Begriff, wie ihn Henke in der Besserung findet, nicht verträgt, sondern vielmehr durch denselben wieder aufgehoben und vernichtet wird, so müssen wir zuvörderst bekennen, daß wir keinen wesentlichen Unterschied darin finden können, ob die Besserung wirklich als Strafzweck und Grund, oder nur als vermittelndes Princip über die Qualität und Quantität der Strafe betrachtet wird, zumal das innerste Wesen derselben in der zu erzielenden Besserung des Verbrechers liegen soll. Hält deßhalb Henke die Todesstrafe nach seinem Systeme dennoch für zulässig, so erscheint er uns darin inconsequent, weil dadurch die Möglichkeit der Besserung geradezu abgeschnitten wird und weil die Bezeichnung der Todesstrafe als ein — zuverlässig tödtendes — Gift als Heilmittel des Seelenkranken nur dann aus der Verlegenheit helfen könnte, wenn die Persönlichkeit des Verbrechers fortdauerte. Denn welchem Arzte ist, um bei dem Beispiele zu bleiben, der Gebrauch des Giftes erlaubt, wenn er den Zustand des Kranken damit, als einem wirklichen Heilmittel, nicht bessern, sondern dessen Existenz nur aufheben kann? In allen andern Fällen soll die Größe der Strafe nicht nach der im Verbrechen an den Tag gelegten Verschuldung, sondern nach dem davon unabhängigen Umstande bemessen werden, ob und in welcher Zeit die Besserung des Verbrechers erfolgt, was kaum der Widerlegung bedarf.

Nächstdem ist es aber nicht zu verkennen, auch von Henke selbst wiederholt zugegeben worden, daß die äußerlich gar nicht erkennbare moralische Besserung, die mit der Ordnung, Regelmäßigkeit und Leidenschaftslosigkeit im äußern Leben nicht verwechselt werden darf, durchaus keinen sichern Anhaltspunkt für die Ausmessung der Strafe abgibt,

daß auch die genaueste Beobachtung des Verbrechers und möglichste Erforschung seines Innern keine Garantie dafür leistet, daß er ein anderes Benehmen an den Tag legt und eine andere Gesinnung erheuchelt, als er wirklich besitzt. Um dem zu begegnen, ist denn Henke auf den sonderbaren Ausweg verfallen, daß der Richter einen seinem innern Gefühle entsprechenden peremtorischen Besserungstermin innerhalb des vom Gesetzgeber bestimmten Maximum und Minimum festzusetzen habe, der nach Befinden und bis zum Eintritt der Besserung abgekürzt oder verlängert werden könne. Soll deßhalb der Besserung ein so bedeutender Einfluß auf das Strafmaaß gestattet werden, so läge es in der Willkür des schwersten Verbrechers, welcher nicht mit dem Tode zu bestrafen, seine Strafe unendlich zu verkürzen, was eben so wenig Billigung finden wird, als wenn man einen minder schweren Uebertreter des Strafgesetzes so lange detiniren wollte, bis er unzweifelhafte Zeichen seiner Besserung, zu welcher er vielleicht niemals Trieb und Veranlassung findet, gegeben hätte, abgesehen davon, daß dann alle Strafen hinwegfallen müßten, wenn Jemand bei und durch Verübung eines Verbrechens solches Sinnes würde, daß er der Besserung überhaupt nicht bedürfe. Freilich sind das nur Ausnahmsfälle, gehört es aber nicht ebensowohl zu den Seltenheiten, daß ein Verbrecher die Strafe als das einzige Mittel, sich mit seinem Schutzgeiste auszusöhnen, auf sich herabruft, und sie als die Bedingung der Wiedererlangung des innern Friedens ansieht?

Endlich kann auch die in einer Handlung enthaltene Immoralität nicht allein über die Zulässigkeit und Größe der Strafe entscheiden, weil consequent alle unmoralischen Handlungen bestraft werden müßten, was nun und nimmermehr zugegeben werden kann, sondern es ist die objective Seite einer That bei Bestimmung der Strafe insoweit zu berücksichtigen, daß einestheils Handlungen, welche eine Ver-

letzung des Rechtsgesetzes nicht enthalten, gar nicht vor das Forum des Criminalrichters gehören, anderntheils aber der Erfolg einer Handlung jedenfalls von Einfluß auf die Strafbestimmung ist, wenn er als wahrscheinlich oder leicht möglich vorhergesehen werden konnte. Es involvirt auch diese Theorie, wie die der moralischen und rechtlichen Vergeltung überhaupt, die irrige Voraussetzung, daß das Vergangene durch die Strafe aufgehoben werden könne, während sie andererseits nur die in der Zukunft liegende Besserung im Auge hat, und daß alle Verbrechen als Verletzungen der Moral gleich seien. Auffallend ist übrigens, wie Henke seine Ansicht über den Rechtsgrund und Zweck der Strafe geändert hat. In seinem Grundrisse einer Geschichte des gemeinen peinlichen Rechts in Deutschland, Landshut 1809, Th. 2, sowie in seiner Schrift über den gegenwärtigen Zustand der Criminalrechtswissenschaft, Landshut 1810, spricht sich offenbar eine Geringschätzung des absoluten Princips aus, indem er z. B. S. 40 sagt:

„Nach allem bisher Gesagten wären wir versucht, die Behauptung aufzustellen, daß von dem sogenannten System der absoluten Strafgerechtigkeit künftig nur noch in der Bildungsgeschichte der Wissenschaft die Rede sein dürfe."

Dagegen bekennt er sich in der Schrift über den Streit der Strafrechtstheorieen, ein Versuch zu ihrer Versöhnung, Regensburg 1811, zur absoluten und moralischen Vergeltungstheorie, welche er später in seinem Lehrbuche der Strafrechtswissenschaft, Zürich 1815, genauer darstellte, gestattet aber dem Relativen dennoch einen Einfluß, indem er die Bestrafung als ein Mittel der Besserung des Verbrechers und der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens betrachtet.

Abegg.

6) Nahe verwandt mit dem Hegel'schen ist das von Abegg in der Tübinger kritischen Zeitschrift 1828, Bd. IV.

H. 1, seiner Abhandlung: die verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte, Neustadt a. d. O. 1835, und seinem Lehrbuche der Strafrechtswissenschaft §. 48 ff. aufgestellte System der Gerechtigkeit oder der logischen Reaction. Abegg unterscheidet von seinem philosophisch-historischen Standpunkte aus 3 Stufen in der geschichtlichen Erscheinung der Strafe.

„Die erste unmittelbare Erscheinung der Strafe ist die von dem subjectiven Gefühle erlittenen Unrechts, das dem Urheber vergolten werden solle, ausgehende Rache — eine Ahnung der Forderung des Rechts, daß das Unrecht nicht bestehen dürfe, nicht unvergolten bleiben solle, daß dem, durch welchen es entstanden, eine von ihm selbst als Norm für sein Verhalten aufgestellte Behandlung zu Theil werde und das gestörte Gleichgewicht durch die Zufügung eines Uebels an dem Frevler seine Wiederherstellung finde. Aber als von dem bloß subjectiven Willen ausgehend, ist diese Rache ein Unrecht, welches den Begriff der Strafe in ihrem Eintreten und ihrer Ausführung, wie dem Maaße, der Zufälligkeit preisgibt. Der, gegen welchen so die Rache geübt wird, erkennt in derselben nicht das Recht, dem er sich beugt, sondern die Willkür, der er sich widersetzt. So entstehen Privatkrieg, Fehden, Familienrache, bis in dem Systeme der Beseitigung derselben, Composition der Buße, des Wehrgeldes, bei dem übrigens noch vorherrschenden privatrechtlichen Character der Strafe und der Würdigung der Schuld, zuerst die Anerkennung des Thäters sich ausspricht, daß er Unrecht gethan und ein solches zu vergüten habe.

Der nächste Fortschritt nun, den die Geschichte uns kennen lehrt, und welcher dem früher angedeuteten Momente, den verständigen Rücksichten entspricht, wo der Standpunkt der Unmittelbarkeit und des Gefühls verlassen und zum Bewußtsein übergegangen wird, wozu schon die in dem

Abkaufen der Rache liegende Anerkennung des begangenen Unrechts den Uebergang macht, ist der von der Rache zur Strafe, die sich nur allmählich als objectives, nicht mehr als die bloße Willkür und das erlittene Unrecht möglicherweise überschätzende Empfindung des Subjects äußert. Buße zur öffentlichen Genugthuung für den gestörten Frieden neben dem Wehrgelde, dann diese allein, so daß die Privatgenugthuung in den Hintergrund tritt, oder einem andern Gebiete anheimfällt, sind hier die geschichtlichen Formen.

Der dritte Standpunkt ist derjenige, welcher dem Principe des Staates und der Sitte entspricht. Die Gerechtigkeit, die er selbst darstellen und verwirklichen soll — aber in höherem und umfassenderem Sinne, — sie, die in ihm selbst und durch ihn herrschen soll, wird nunmehr Grund und Zweck solcher organischen Einrichtungen sein, welche nicht nur, wie man es sonst vorzutragen pflegt, aus dem Rechte des Staats, z. B. eben zur Ergreifung gewisser Mittel zum Zwecke, hervorgehen, in dem Sinne von Befugnissen, von denen Gebrauch zu machen, oder nicht, dem Belieben anheimgestellt wäre, sondern welche ebenso sehr und nothwendig Pflicht sind, wie dieses überhaupt das Characteristische dieses sittlichen Standpunktes ist, daß die Rechte und Pflichten einander nicht als getrennte entsprechen, sondern verbunden und nothwendig eins sind. So muß denn auch die Strafe hier — gleich der Handhabung des Rechts in andern Gebieten, z. B. des Privatrechts, — zu ihrem Grunde die Gerechtigkeit haben; und deren Erreichung, so weit sie uns möglich ist, wird auch der einzige Zweck sein dürfen, indem alles Andere, was man sonst hier anführt, theils einem untergeordneten Gesichtspunkte angehört und nur auf der Grundlage der Gerechtigkeit sich geltend machen darf, theils nur als Folge, nicht selbstständig in Betracht kommt. Die Strafrechtstheorie, wenn man sich dieses Ausdrucks bedienen will, oder das Princip der Strafe

ist also im Staate die der Gerechtigkeit. Das Verbrechen, das Unrecht darf als solches, und eben weil es dieses ist, nicht bestehen, es muß wieder aufgehoben werden, und zwar aus keinem andern Grunde und zu keinem andern Zwecke, als damit wieder das Recht, welches an sich heilig und unverbrüchlich, im besondern Falle, in einer besondern Existenz gebrochen ist, wieder als unverletzliches herrsche. Die Strafe wird also lediglich im Dienste der Gerechtigkeit stattfinden, und diese wird auch die Norm für die Anwendung, die Voraussetzungen, die Art und das Maaß darbieten", — und an einer andern Stelle:

„Aufgabe des Staates ist, die Idee der Gerechtigkeit im höhern Sinne zu verwirklichen, so daß die Strafe in einer sittlichen Ordnung ihre wesentliche Stelle und Bedeutung im Systeme des Rechtes überhaupt hat. Ihre Rechtmäßigkeit wird bewiesen, indem sie als vernünftig, nothwendig begriffen wird; sie ist nicht erst zu erfinden und nach irgend einem Zwecke oder einer Nützlichkeitsrücksicht zu vertheidigen. Grund und Zweck fallen zusammen in der Gerechtigkeit. Aber die Idee der Gerechtigkeit, sofern sie in die Erscheinung tritt, ist unter dem Einflusse äußerer Bedingungen mehr oder minder getrübt und kommt nur allmälich in der vereinten Arbeit, die dem Menschengeschlechte aufgetragen ist, zur Anerkennung. Unter verschiedenen Bildungsstufen und politischen Verhältnissen herrscht zwar bald die eine, bald die andere der relativen Theorieen vor, aber wo sich einmal erst der Begriff der Strafe im Staate aus der ersten unmittelbaren subjectiven Form objectiv gebildet hat, ist überall die Gerechtigkeit als Grund und Ziel entweder ausdrücklich ausgesprochen, oder stillschweigend vorausgesetzt. Im Begriff der Strafe haben alle ihre Momente oder Seiten ihr Recht, aber nur in und mit dem Ganzen, nur auf der Grundlage der Gerechtigkeit und so

weit sie mit dieser vereinbar sind, nicht für sich allein, nicht ausschließend, nicht ohne jene Grundlage."

Die Gründe, welche uns gegen die Richtigkeit dieser Theorie zu sprechen scheinen, sind folgende:

Wenn auch zugegeben werden muß, daß das Institut der Strafe einen solchen historischen Entwickelungsgang, wie von Abegg näher ausgeführt wird, genommen hat, so möchte doch jenem ein solcher Einfluß nicht zu gestatten sein, daß sich danach der Rechtsgrund der Strafe selbst bestimmen ließe, denn rechtfertigte nicht die Gerechtigkeit als solche die Strafe, so würde diese nun und nimmermehr im Staate als der alleinigen zur Darstellung und Verwirklichung der Gerechtigkeit geeigneten Form des menschlichen Beisammenlebens gerechtfertigt erscheinen, weil dem Staate noch andere Zwangsmittel zu Gebote stehen, welche als rechtliche Reaction der Verbrechen gelten können, und weil selbst aus der Nothwendigkeit der Strafe im Staate deren Rechtmäßigkeit noch nicht unbedingt gefolgert werden könnte. Ja es ist selbst der Fall in abstracto denkbar, daß Personen, welche außerhalb der Staatsverbindung leben, gegenseitige Rechte erwürben, daß zu diesen das Recht der Bestrafung gehörte, die dann in keinem Falle der Gerechtigkeit entsprechen könnte, sondern nur aus der Rache hervorgehen würde. Ferner würde nach der Abegg'schen Anschauungsweise, wäre einmal der dritte Standpunkt erreicht, mit der Bildung eines Staates ein Stillstand im Entwickelungsgange der Strafe eintreten, weil es von diesem Zeitpunkte an nicht mehr auf Anerkennung, sondern nur auf richtige Anwendung des Gerechtigkeitsprincipes ankommen würde, dergestalt, daß man sich nunmehr über die Bestrafung nach Zwecken, welche den relativen Theorieen zu Grunde liegt, erhoben hätte. Allein dem widerspricht die Erfahrung geradezu, indem die relativen Theorieen gerade in den deutschen Staaten, welche auf sittliche Bildung gerechten

Anspruch machen können, anerkannt, und deutschen Gesetzgebungen, zum Theil aus der allerneuesten Zeit, zu Grunde gelegt sind. Ließe sich deßhalb die Richtigkeit des relativen Princips nicht aus andern Gründen bestreiten, so fühlten wir uns eher versucht, uns für dasselbe auf die Erfahrung zu beziehen. Endlich hat wohl auch darin Abegg der Geschichte zu viel eingeräumt, wenn er sagt, daß die Strafe, wie das Recht und der Staat nicht Gegenstand einer verständigen Aussinnung, sondern eher vorhanden sei, als das Denken sich die Aufgabe setze, jenes unmittelbar Existirende in seiner Berechtigung, seinem nothwendigen Begriffe darzustellen, oder, wenn er behauptet, daß die Strafmittel nicht „erfunden,“ sondern „vorgefunden“ würden. Richtig ist es zwar, daß man in den bei Weitem meisten Fällen nicht nachweisen kann, wann eine bestimmte Strafgattung bei einem Volke zuerst seine Anwendung gefunden hat und wer sich ihrer zuerst und gegen wen er sich derselben bedient hat, allein, weil die Strafen eben vorgefunden zu werden pflegen, so müssen sie einmal zuerst entstanden sein. Da sie nun aber durch das Verbrechen nicht von selbst bestimmt sind, wie dieß beim Mord und der Körperverletzung nach der Theorie der materiellen Talion allerdings denkbar wäre, so muß die menschliche Willkür oder der Volksgeist den Grundstein gelegt haben, auf welchem dann das Strafgebäude im Verlaufe der Zeit fortgebaut worden ist. Uebrigens ist und bleibt es die Rechtsidee, durch welche die Strafe ihre Rechtfertigung, Stütze und Begrenzung findet, weßhalb die unter Umständen zugleich mit derselben zu erzielenden Vortheile immer nur als Nebenrücksichten betrachtet werden können, die, wie früher gezeigt wurde, nie einen Einfluß auf die Begründung der Strafe selbst oder deren Umfang, sondern nur auf deren Qualität üben können. Und dieser Ansicht scheint auch Abegg zu sein, obgleich ihm z. B. von Henrici in dessen mehrerwähntem Werke S. 220

zum Vorwurf gemacht wird, daß er sich inconsequent und von einem Synkretismus nicht ganz frei sei.

Scharfsinnig sind die beiden Fragen: worin die Abegg'sche Deduction von der Hegel'schen abweicht und was durch Abegg's Combination der Geschichte mit der Philosophie und der Philosophie mit der Geschichte gewonnen werde? behandelt von Hepp §. 43—47 seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme [7]).

Richter.

7) Richter hat sich in seinem Beitrage zur Kritik der Theorieen des Strafrechts: Das philosophische Strafrecht, begründet auf die Idee der Gerechtigkeit, Leipzig 1829, mit unverkennbarer Schärfe und mit überzeugenden Gründen für das absolute Princip ausgesprochen, indem er die Strafe als die gerechte Vergeltung des Unrechtes nach dem Gesetze

---

[7]) Auf den Vorwurf, welchen Abegg §. 5 seiner Schrift über die verschiedenen Strafrechtstheorieen der gewöhnlichen Methoden das Strafrecht zu begründen, macht, als wenn, sobald eine Begründung des Strafrechts in der Absicht geschehe, erst eine Untersuchung über die Zulässigkeit und allenfalls Unentbehrlichkeit der Strafe anzustellen, anstatt das Bestehende zu rechtfertigen, eine solche Begründung entweder zu spät käme, wenn sie zu dem Ergebniß führte, daß die Strafe widerrechtlich wäre, oder daß dabei eine Täuschung sei, indem man doch schon bei einer Untersuchung, deren Ziel angeblich erst entdeckt werden solle, dieses vorher bestimmt habe, so daß dieses die Statthaftigkeit der Strafe sei, läßt sich mit Grund erwidern, daß im ersten Falle es auch jetzt noch und zwar die höchste Zeit wäre, den Ungrund und die Widerrechtlichkeit der Strafe darzuthun, damit sie wenigstens in Zukunft unterbleibe, im zweiten Falle aber es wichtig genug sei, Herrscher und Volk über die Grenzen und das Wesen eines Rechtes aufzuklären, das zwar bis jetzt ausgeübt worden ist, über dessen Existenz und Rechtsgrund aber nicht einmal die ausgezeichnetsten Juristen bis jetzt sich haben vereinigen können.

definirend, und diese Wiedervergeltung, wohl nicht ganz richtig, in die rechtliche Ausgleichung zwischen den Gütern und Rechten des Verletzten und des Verletzers setzend, wie folgt, raisonnirt:

S. 97: „Setzen wir, was allgemein zugestanden wird, daß Strafe, ihre Nothwendigkeit vorausgesetzt, vor allen Dingen gerecht sein soll. Darin liegt ohne Widerspruch, daß sie nicht willkürlich sein darf, sondern mit Nothwendigkeit aus Vernunft und ihrem Rechte hervorgeht; und ferner, daß sie der Verletzung des Rechtes angemessen, mithin auch durch das Maaß gerecht ist. Weiter erkennen wir dadurch, daß alle Willkür der mangelhaften Einsicht, oder der verblendeten Leidenschaft, der feigherzigen Weichlichkeit, wie der fühllosen Grausamkeit, von der Strafe entfernt bleiben müsse. Denn die Idee der Gerechtigkeit und das Recht sind die schärfsten Gegensätze aller Willkür. Dieses also leuchtet ein, daß Strafe, wenn sie im Rechte gegründet sein soll, weder mit individueller Willkür, noch mit dem Erlaubten oder Beliebigen irgend etwas gemein habe, sondern mit Nothwendigkeit von dem Verletzten und dem Schuldigen zugleich gefordert werden müsse, damit Recht und Vernunft zwischen ihnen bestehe. Wenn ferner Strafe gerechte Vergeltung sein soll, so kann sie nicht auf Ausgleichung und Herstellung des Rechtes an sich, noch auf sittliche Vergeltung der Bosheit, noch endlich auf Ersatz des bewirkten Schadens gehen, sondern nur auf gerechte Vergeltung der bösen That durch Entziehung von Rechten und Gütern nach dem Gesetz. Das Maaß derselben liegt in der Gleichheit der Güter, welche durch Verbrechen gegen Andere vernichtet und also auch von dem Verbrecher verwirkt werden. Die Vergeltung selbst geschieht an dem freien Willen des Thäters durch gesetzliche Entziehung der Rechte und der Güter, deren Nichtachtung an Andern ihn selbst derselben unwerth und rechtlich unfähig macht."

S. 166: „In der rechtswidrigen That liegen zwei Momente, auf deren Berücksichtigung es bei der Anwendung von Strafe ankommt. Das erste ist die Absicht des Verbrechers, oder der auf Verletzung eines bestimmten Rechtes gerichtete freie Wille, das andere der Erfolg der wirkenden Kraft oder der angerichtete Schaden. Jene, als das freie Element, aus welchem die That entspringt, ist das Strafwürdige; dieser, als der Verräther der Absicht, ihrer Intensität und ihrer extensiven Ausbreitung, gibt das Maaß der gerechten Strafe. Beides vereinigt, bildet den wahren Thatbestand des Verbrechens."

Daß die Strafe ebensowohl von dem Schuldigen als dem Verletzten mit Nothwendigkeit gefordert werden müsse, scheint uns jedoch aus der Idee des Rechtes, oder den dieser entsprechenden Rechtsgesetzen nicht hervorzugehen, weil der Verletzende weder das Recht auf eine bestimmte Strafe, noch auch die Pflicht hat, sich strafen zu lassen, in dem Sinne, daß er selbstthätig dazu mitzuwirken habe, daß an ihm die Strafe vollzogen werde. Ihm ist nur die Pflicht zuzuschreiben, die Strafe zu leiden; die Realisirung des Rechts durch seine Bestrafung gebührt aber lediglich dem Staate, oder wer sonst das Recht der Vollziehung der Strafe erworben. Auch ist schon die Strafe ihrer Natur nach, und da sie ein Uebel ist, welches erlitten wird, nicht aber in eine positive Thätigkeit des zu Bestrafenden aufgelöst werden kann, nicht wohl als Recht des Verletzers zu betrachten, und kann es uns nicht wundern, wenn sich nur höchst selten ein Verbrecher der Strafe freiwillig unterwirft. Es genügt auf seiner Seite die unabweisliche Ueberzeugung, daß ihm kein Unrecht geschehe, sondern zur Realisirung der Rechtsidee von dem Rechte seiner Bestrafung Gebrauch gemacht werde, welches er, wie dieß bei jedem Rechte geschehen muß, vorher zugestanden, resp. durch Zugeständniß gegen sich begründet habe. Diesem Einwande suchte

Richter dadurch zu begegnen, daß er die Ansicht, welche die Strafe als Uebel auffaßt, durchaus bestritt, weil Uebel Unvollkommenheit sei und eine solche durch das Recht mit Nothwendigkeit hervorzubringen dem Wesen des Rechtes und seines Organismus des Staates widerspreche. Allein einestheils wird die Strafe nicht durch den Begriff des Rechts an sich, sondern durch die Nothwendigkeit seines Bestehens erzeugt, weßhalb auch nur dann eine Strafe denkbar ist, wenn wirkliche Rechte einer Person angetastet, oder Verhältnisse verletzt werden, die wenigstens einen mittelbaren Einfluß auf die höchste Rechtsidee haben, anderntheils kommt es nur auf den Standpunkt an, von welchem aus man die Strafe betrachtet. Der Gesetzgeber, als Repräsentant des vernünftigen Volkswillens, wird aber jederzeit in der Strafe ein Uebel erblicken, denn er bestimmt eben solche Strafen, welche die Entziehung werthvoller Güter enthalten, und kann es dabei auf die individuelle Auffassungsweise des Verbrechers um so weniger ankommen, weil für die richtige Beurtheilung eines solchen relativen Begriffs, wie Uebel und Gut, eine größere Garantie in der Gesammtheit, als in der individuellen Ansicht des Einzelnen liegt, dessen unmittelbares Interesse dabei in Frage kommt. Ferner ist aber schon bei dem Kant'schen Systeme darauf aufmerksam gemacht worden, daß man das Princip der Vergeltung oder Ausgleichung, welches von Richter auf die Rechte und Güter des Gekränkten und des Verbrechers bezogen wird, aus der Idee der Gerechtigkeit nicht herleiten darf, da beide bei consequenter Durchführung ein von einander abweichendes Resultat ergeben, und wenn man die Vergeltung auf eine rechtliche oder mit der Idee des Rechts vereinbare beschränken will, nichts gewonnen, wohl aber dem Gerechtigkeitsprincipe eine unzulässige Schranke gesetzt wird. Was den Maaßstab der Strafe betrifft, so leitet ihn Richter aus dem beabsichtigten Erfolge her, wonach

man sich zu dem Schlusse berechtigt halten möchte, daß culpose Vergehen ganz straflos bleiben müßten, dieß giebt er aber später selbst wieder nicht zu, indem er dem angerichteten Schaden den Grad der Fahrlässigkeit substituirt, wobei nur das eine Bedenken entsteht, daß bei gleichem Grade der Fahrlässigkeit alle culposen Rechtsverletzungen mit gleicher Strafe zu ahnden wären. Richtiger scheint es uns, wenn sowohl auf den Grad der Fahrlässigkeit, als auf die Größe des verursachten Erfolgs Rücksicht genommen würde, man müßte denn die Größe der Fahrlässigkeit zugleich mit nach dem — wahrscheinlichen oder möglichen — Erfolge bemessen.

L u d e n.

8) Luden hat in seiner Vorrede zu Romagnosi's Genesis des Strafrechtes die sogenannte Theorie der veredelten Rache oder der Verwandlung der subjectiven Rache in die objective aufgestellt, der der richtige Gedanke zu Grunde liegt, daß der Zweck der Strafgewalt kein anderer sei, als der Zweck des Rechtes überhaupt, die aber diesen Zweck, sobald eine Rechtsverletzung bereits vorliegt, durch Verhütung fernerer Rechtsverletzungen zu erreichen sucht, wodurch seine Strafe eine, nach unserem Dafürhalten, irrige Beziehung auf die Zukunft erhält.

Er sagt S. 64: „Gesetzt von zweien Menschen hat der eine den andern in seinem Rechte verletzt: darf der Verletzte seinen Feind willkürlich behandeln? Gewiß nicht! Denn die Verletzung selbst kann dem Verletzten kein Recht hierzu geben, und der Verletzende kann sich seines Rechtes, nicht willkürlich behandelt zu werden, überhaupt nicht, und folglich auch nicht durch eine Verletzung entäußern. Der Verletzende behält also, ungeachtet seiner Ungerechtigkeit, seine Rechtspersönlichkeit. So lange der Angriff dauert, steht zwar dem Angegriffenen ein Recht der Nothwehr zu,

aber auch dieses darf nicht nach einem willkürlichen, sondern nur nach dem Maaßstabe der Nothwendigkeit gebraucht werden. Ist der Angriff vorüber, so hat der Verletzte zwar ein Recht, in seinem Rechte wiederhergestellt zu werden, da er dasselbe durch das Unrecht seines Gegners gar nicht verlieren konnte; aber diese Wiederherstellung darf nicht nach einem subjectiven und willkürlichen, sondern sie muß nach einem objectiven und gerechten Maaße geschehen. Sie darf daher nicht von dem Verletzten selbst, sondern sie muß von dem Staate vorgenommen werden. Die Gesellschaft im Staate verlangt also, daß der Verletzte in Folge seiner erlittenen Verletzung gegen seinen Feind nichts Willkürliches unternehme. S. 67. Wenn daher im Allgemeinen das Rechtsgesetz den Beleidigten aufgibt, ihrem persönlichen Rachegefühle zu entsagen, so muß die Art und Weise, wie dieses in einem besondern Volke geschehen soll, von den besondern Umständen, von den Sitten und Gefühlen dieses Volkes abhängig sein. Die Aufgabe des Rechtsgesetzes in diesem Volke wird deßwegen eine doppelte sein: den Beleidigten von der Rache zurückzuhalten und zugleich ihm und seinen Mitbürgern keine Gewalt anzuthun in ihren Gefühlen. Diese Aufgabe wird gelöst, wenn der Staat dem Beleidigten zwar untersagt, sich selbst Rache zu nehmen, dagegen aber in seine Stelle eintritt, für ihn die Rache übernimmt, und also seinen persönlichen Gefühlen nach den Sitten seines Volkes Genugthuung verschafft. Auf diese Weise wird der Staat allein im Stande sein, die Rechtspersönlichkeit des Beleidigers zu schützen, indem er ihn der willkürlichen Rache entzieht. Wollte aber der Staat bloß die Persönlichkeit des Beleidigers sicher stellen, ohne die Gefühle der Beleidigten zu beachten, so würde er sich eine Aufgabe setzen, die nicht zu lösen wäre. Denn der Staat kann nur durch Gesetze handeln. Ein Gesetz aber beruht auf dem allgemeinen Willen der Menschen, für welche es gelten soll, und dieser wird natürlich zum großen

Theile durch die allgemeinen Gefühle desselben bestimmt. Das Gesetz, welches dem Beleidigten die Privatrache untersagt, wird folglich aus jenen Gefühlen hervorgegangen sein, und so lange jene Gefühle eine Rache für eine Beleidigung verlangen, dieselbe auch bestimmen müssen. Diese vom Staate übernommene Rache ist aber die Strafe. Sie ist veredelte Rache, oder Verwandlung der subjectiven Rache in objective."

Allein hiergegen scheinen uns folgende Bedenken erhoben werden zu können. Einmal ist, wenn auch die Rache gewöhnlich in Willkür ausarten wird, doch damit noch nicht ausgeschlossen, daß sie sich auf das der Gerechtigkeit entsprechende Maaß überhaupt beschränken könne, geschweige denn aus einer Abtretung derselben an den Staat zu folgern, daß sie jederzeit ihre ungerechte Seite verlieren und zu einer gerechten werde. Sodann erscheint uns eine solche Veredelung der Rache, wie sie Luden angenommen, als eines unter allen Umständen unmoralischen Gefühls, an sich undenkbar, weil dadurch der Begriff der Rache selbst zum wesentlichsten Theil verloren gehen würde, während, wenn der Verletzte die erlittene Beleidigung verzeihen, oder sich selbst rächen würde, von einer Bestrafung von Seiten des Staates gar keine Rede sein könnte, wodurch der Straflosigkeit Thür und Thor geöffnet wäre, so wie das Characteristische der Rache verloren geht, wenn sie von dem Staate unpartheiisch und ohne Leidenschaft in Ausübung gebracht wird. Auch würde die Anwendbarkeit der Strafe von dem Umstande abhängig sein, ob ein einzelner Mensch, oder ein Volk zur Rache geneigt wäre, ein Umstand, der mit reinen Zufälligkeiten, mit klimatischen Verhältnissen und dergleichen, am allerwenigsten aber mit der Gerechtigkeit in nothwendiger Verbindung steht. Ferner beruht diese Theorie, weil der Staat, welcher für den Beleidigten die Rache übernimmt, neben der Persönlichkeit des Beleidigers, auch die Gefühle des Beleidigten beachten soll, und nach der, wenn auch veredelten, Rache,

also nach einem bloßen Gefühle, seine Strafen bestimmt, auf keiner festen Grundlage, und paßt bei solchen Verbrechen nicht, durch welche kein einzelner Mensch verletzt wird, wo daher keine Rache, oder eine solche, die mit Sicherheit gar nicht bemessen werden kann, entsteht.

In seinem Handbuche des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, Jena 1842 und 1843, S. 11, Bd. I, Heft 1, so wie in andern Schriften, hat denn auch Luden die oben vorgetragene Theorie des Strafrechtes aus dem Grunde wieder zurückgenommen, weil sie, wenn sie auch dem geschichtlichen Entwickelungsgange, den die Strafe genommen, entspreche, immer dem Vorwurfe unterliege, daß sie die Strafe auf ein unsittliches und darum unvernünftiges Princip, das der Rache nämlich, begründe, während er sich gegenwärtig zu einem absoluten Systeme bekennt, dessen Grundsätze in diesem Handbuche ausgesprochen und in gedrängtem Auszuge folgende sind:

§. 3.

„Philosophische Begründung des Strafrechtes.

Es liegt im Begriffe der rechtlichen Strafe, daß der zu Bestrafende rechtlich gezwungen werden könne, dieselbe zu erleiden. Ohne einen besonders hinzukommenden Grund hat aber der Mensch ein Recht, nicht gestraft zu werden, weil an und für sich Niemandem ein solches Zwangsrecht gegen den Andern zustehen kann. Jede Bestrafung ist daher eine Entziehung eines dem Bestraften an und für sich zustehenden Rechtes. Also fällt die Frage, ob Jemand unter gewissen Voraussetzungen sich einer Strafe zu unterwerfen habe, zusammen mit der Frage, ob er unter gewissen Voraussetzungen rechtlich gezwungen werden könne, eine Rechtsentziehung zu erleiden. Zur Beantwortung dieser Frage ist nothwendig, auf das Wesen der dem Einzelnen zustehenden Rechte einzugehen und auf den Grund, aus welchem ihm dieselben zustehen. Alle einzelnen Rechte, welche dem Einzelnen zustehen

können, sind nur ein Ausfluß oder eine besondere Erscheinungsform des ihm zustehenden allgemeinen Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, und lassen sich darauf zurückführen, daß sie ihm eine bestimmte Beziehung gewähren, in welcher er mit freiem Willen zu handeln berechtigt ist. Der Wille ist die Selbstbestimmung oder die Entschließung zu einer bestimmten Handlung, und die Freiheit desselben besteht darin, daß der Mensch bei dieser Entschließung seine Vernunft gehabt hatte. Der Mensch hat aber freien Willen, weil er Vernunftwesen ist und nur mit freiem Willen vernünftig zu handeln vermag. Denn die Vernunft ist nicht denkbar ohne die Fähigkeit, mit freiem Willen zu handeln, und der Mensch hat diese Fähigkeit, damit er sich für das Gute entscheide, oder damit er vernünftig handele. Weil aber der Mensch als Vernunftwesen die Fähigkeit hat, mit freiem Willen zu handeln, muß er auch das Recht haben, mit freiem Willen zu handeln, so gewiß er das Recht hat, als Vernunftwesen zu existiren. Und hierin liegt der Grund, aus welchem das objective Recht dem Menschen das Recht zuspricht, welches die Grundlage aller einzelnen Rechte ist, die ihm zustehen können, das Recht nämlich, mit freiem Willen zu handeln. Also muß das objective Recht das Recht, mit freiem Willen zu handeln, allen Denjenigen zusprechen, die wirklich freien Willen haben, damit sie die ihnen obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfüllen. Wie aber der Mensch dieses Recht nur aus dem Grunde hat, damit er die ihm obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfülle, so kann ihm dasselbe auch nur unter der Bedingung zustehen, daß er dieser Pflicht wirklich Genüge leiste. Denn wenn Derjenige, welcher dieser Pflicht zuwiderhandelt, dieses Recht in derselben Weise haben sollte, als der ihr gemäß Handelnde, so läge darin ein offenbarer Widerspruch gegen die zweifellose Wahrheit, daß der Mensch dasselbe habe lediglich aus dem Grunde, damit er die ihm obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfülle.

In der That würde sich das objective Recht gegen sich selbst auflehnen, wenn es dem Menschen das Recht, mit freiem Willen zu handeln, auch dazu zusprechen wollte, daß der ihm zuwider Handelnde dieses Recht in derselben Weise haben könnte, als wer ihm gemäß handelt. Also muß das objective Recht das Recht, mit freiem Willen zu handeln, nothwendig Demjenigen absprechen, der die Pflichten verletzt, die es ihm selbst auferlegt hat.

§. 4.

Fortsetzung.

Darin liegt aber die Rechtfertigung und die Nothwendigkeit der Strafe. Denn der Verlust des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, welchen das objective Recht gegen Denjenigen aussprechen muß, der ihm zuwiderhandelt, ist eben die Strafe, welche in der Idee der Gerechtigkeit begründet ist. Das objective Recht aber, das dem Menschen eine Handlungsweise vorschreibt, die der Gerechtigkeit gemäß ist, kann sich nicht in dieser Allgemeinheit zu erkennen geben. Da es keine Handlungen im Allgemeinen, sondern nur einzelne bestimmte Handlungen dieser oder jener Art und Richtung geben kann, so muß das objective Recht in einzelne Vorschriften zerfallen, welche für die einzelnen Verhältnisse, in welchen der Mensch sich befinden kann, ihm die Handlungsweise angeben, die der Gerechtigkeit gemäß ist. Daher muß auch für die einzelnen Vorschriften gelten, was für das objective Recht im Allgemeinen nachgewiesen worden ist, daß der Mensch das Recht, mit freiem Willen zu handeln, nur aus dem Grunde und unter der Bedingung hat, daß er denselben gemäß handelt, und daß er folglich dieses Rechtes verlustig werden muß, mit andern Worten, daß er eine Strafe erleiden muß, wenn er denselben zuwiderhandelt. Unter gegebenen Völkern und Staaten können aber das objective Recht und die einzelnen Vorschriften, in welche es zerfällt, nur als deren positives Recht in die Erscheinung treten, da für ein

gegebenes Volk nur sein eigenes Recht, welches eben sein positives ist, Gültigkeit haben kann. Und auch für das positive Recht eines Volkes und für die einzelnen Vorschriften, aus welchen es bestehet, muß gelten, was nothwendig in dem allgemeinen objectiven Rechte enthalten ist, daß den ihm zuwider Handelnden eine Strafe treffen muß. Denn auch das positive Recht würde sich selbst aufheben und für ungültig erklären, wenn es dem ihm zuwider Handelnden das Recht zugestehen wollte, welches nur der ihm gemäß Handelnde haben kann. Manche der Strafen, welche in einem positiven Strafsysteme angenommen sind, mögen zwar der Idee der Strafe, nach welcher dieselbe nichts Anderes ist, als die Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nicht vollkommen entsprechen: aber jeden Falls gehört die Bestimmung einer Strafe gegen die Verletzung seiner Vorschriften so nothwendig zur Gültigkeit des positiven Rechtes, als es mit Nothwendigkeit aus der Idee der Gerechtigkeit hervorgehet, daß nur der dem objectiven Rechte gemäß Handelnde das Recht haben könne, mit freiem Willen zu handeln. Dieses ist so wahr, daß eine rechtliche Vorschrift gar nicht denkbar ist, ohne daß gegen den Uebertreter derselben eine Strafe ausgesprochen werde. Denn eine rechtliche Vorschrift ohne Strafbestimmung gegen ihre Uebertretung würde ein juristisches Unding sein und ihre eigene Ungültigkeit erklären, weil die Befolgung derselben die nämlichen rechtlichen Folgen, als die Nichtbefolgung, haben würde. Also bestehet die Strafe mit derselben Nothwendigkeit, mit welcher das Recht überhaupt bestehet, da rechtliche Vorschriften gar nicht gedacht werden können, ohne daß gegen ihre Uebertretungen Strafen bestimmt seien. Die Strafe ist daher eine Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, welche das objective Recht gegen Denjenigen erfordert, der ihm zuwiderhandelt. Dieselbe ist allerdings in sofern ein Uebel, als das Recht, welches durch sie entzogen wird, ein Gut ge-

nannt werden kann: aber sie ist weder eine Vergeltung des Uebels, welches der Verbrecher etwa angerichtet hatte, noch ein Ersatz des von ihm hervorgebrachten Schadens, noch ein Mittel der Abschreckung für den Verbrecher selbst, oder für Andere, noch eine Rache wegen der Verletzungen, die er Anderen angethan hatte, sondern eine nothwendige Folge des objectiven Rechtes, welches nur dem vernünftig Handelnden das Recht zugestehet, mit freiem Willen zu handeln."

Die obersten Grundsätze des Strafrechtes führt Luden noch weiter aus, indem er sie

1) hinsichtlich des Subjectes, dem das Strafrecht zusteht,
2) hinsichtlich der Handlungen, gegen welche das Strafrecht zusteht,
3) hinsichtlich der Personen, gegen welche das Strafrecht zusteht,
4) hinsichtlich der Art und des Maaßes, in welchem das Strafrecht zusteht,

der Betrachtuug unterwirft. Ad 1. beschränkt er das Recht, eine Strafe zuzufügen, lediglich auf den Staat, der allein befugt und verpflichtet sei, im Namen des objectiven Rechtes zu handeln und dasselbe zur Geltung zu bringen, was in Uebertretungsfällen durch die Strafe unmittelbar und mit Nothwendigkeit geschehe. Er erkennt deßhalb weder ein Strafrecht, noch ein Recht überhaupt, außerhalb des Staates an, weil Recht und Staat so nothwendig zusammengehören, daß jenes ohne diesen gar nicht gedacht werden könne. Ad 2. bestimmt er den Umfang der strafbaren Handlungen unmittelbar nach dem objectiven Rechte dergestalt, daß alle Handlungen, durch welche einem Verbote des objectiven Rechtes zuwidergehandelt wird, der Strafe unterliegen. Dieß sind aber die Verbrechen und Vergehen, welche vor dem Richterstuhle der Vernunft keine Rechtfertigung finden. Nach diesem sei zu entscheiden, welche Handlungen von dem objectiven Rechte verboten seien, und da das Unsittliche immer unver-

nünftig sei und jenem Rechte widerspreche, wenn es in äußere Handlungen ausbreche, so könne der Kreis der verbotenen Handlungen nicht auf solche Handlungen beschränkt sein, durch welche andere Personen in ihrer Persönlichkeit oder in ihrem Rechtsgebiete verletzt würden. Ad 3. deducirt er, daß das Strafrecht nur gegen zurechnungsfähige oder solche Personen zustehen kann, welche durch die Uebertretung eines rechtlichen Verbotes unvernünftig handeln, während sie fähig waren, mit vernünftigem Willen zu handeln. Ad 4. findet er seiner Ansicht von der Strafe, als einer Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, gemäß, in jedem Strafübel eine Beschränkung des Bestraften in der Freiheit, nach seinem eigenen Willen zu handeln, weßhalb ihm lediglich Freiheitsstrafen zulässig erscheinen. Der Maaßstab, nach welchem die zulässigen Strafübel angewendet werden dürfen, muß sich, nach Ludens Raisonnement, nach dem Grunde bestimmen, in welchem die zu bestrafende Handlung für unvernünftig gehalten werden muß. Da nun aber alle einzelnen Pflichten, welche von dem objectiven Rechte auferlegt und durch die strafbaren Handlungen übertreten werden, unter einander wie am Inhalte, so auch am Umfange in der Weise verschieden seien, daß es Pflichten gebe, deren Verletzung nicht möglich ist, ohne daß zugleich andere von dem objectiven Rechte auferlegte Pflichten mit verletzt würden, so ergebe sich daraus für die verschiedenen strafbaren Handlungen ein relatives Strafmaaß, welches hinwiederum einen absoluten Maaßstab voraussetze. Dieser könne nur von der allgemeinen Natur der Strafe hergenommen werden, nach welcher dieselbe eine Entziehung des Rechts sein müsse, mit freiem Willen zu handeln, so daß kein Strafübel so geringfügig sein dürfe, daß es nicht eine wirkliche Entziehung dieses Rechtes enthielte.

Während Luden mit Recht die Idee der Gerechtigkeit als die Quelle des philosophischen Strafrechtes und das positive Strafrecht als die besondere Form, unter welcher jenes

in die Erscheinung tritt, bezeichnet, können wir demselben darin nicht beipflichten, wenn er dem Menschen ein, ursprüngliches, Recht, nicht gestraft zu werden, zugesteht. Denn abgesehen davon, daß dieses einen Ausfluß oder eine besondere Erscheinungsform des ihm, nach Luden, zukommenden allgemeinen Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nicht bilden kann, weil es eine reine Negation enthält, welche sich nur bei dem Hinzutritt fremder ungerechter Einwirkung in das selbstständige, zugleich aber auch fremdartige, Recht der Vertheidigung auflösen läßt, so kann ein solches Recht aus dem Nichtvorhandensein des zur Strafzufügung erforderlichen Zwangsrechtes eines Andern nicht ohne Weiteres gefolgert werden, da ein jedes Recht nur auf dem Wege eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Zugeständnisses entstehen kann. Dafür spricht schon der Umstand, daß das von Luden behauptete Recht auch im Naturzustande angenommen und dem Einzelnen selbst dann zugesprochen werden müßte, wenn er mit Andern in gar keiner Berührung stände, in welchem Falle jedes Recht, so wie jedes Rechtsverhältniß überhaupt, undenkbar ist. Was aber das staatliche Verhältniß betrifft, welches unser Schriftsteller allein im Auge hat, so kann von dem Rechte, nicht gestraft zu werden, so lange als kein Verbrechen oder Vergehen des angeblich Berechtigten vorliegt, überhaupt nicht die Rede sein, weil die Zufügung der rechtlichen Strafe ihrem Begriffe nach von einer solchen Handlung abhängig ist, und würde mithin mehr nicht behauptet werden können, als daß ein Jeder ohne einen besonders hinzukommenden Grund der Zufügung eines Uebels durch einen Andern sich nicht zu unterwerfen brauche, welches aber in der That gar keine Strafe ist. Alle einzelnen Rechte, welche dem Menschen zustehen, können wir für Ausflüsse oder besondere Erscheinungsformen des ihm zustehenden allgemeinen Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nicht gelten lassen, weil dadurch deren Selbstständigkeit und Wesentlichkeit

ganz verschwinden würde, weil jeder Mensch, wenn er den objectiven Rechten gemäß handelt, ganz gleiche Rechte haben müßte, und weil jenes allgemeine Recht, — welches übrigens von gar keiner Bedeutung sein würde, sobald ihm nicht durch ein Recht in concreto die Beziehung gegeben wäre, in welcher Jemand zu handeln berechtigt sein soll, — dem Luden-schen Systeme zufolge nur im Staate angenommen werden könnte, während die Möglichkeit des Rechtes, so wie selbst des Strafrechtes, im außerstaatlichen Zustande nicht bestritten werden kann. Ferner möchte auch die Beschränkung des Strafbegriffs, als des Verlustes des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, durch welche man, wie auch in dem vorliegenden Systeme geschehen, lediglich auf Freiheitsstrafen geführt wird, nicht zu rechtfertigen sein. Denn eine Freiheitsentziehung des zu Bestrafenden ist keineswegs der in der Strafe liegende wesentliche Bestandtheil derselben, sondern etwas rein Zufälliges. Der für das Gegentheil angegebene Grund, daß der Mensch nämlich das Recht, mit freiem Willen zu handeln, nur aus dem Grunde und unter der Bedingung habe, daß er dem objectiven Rechte gemäß handle und daß er folglich dieses Rechtes verlustig werden, mit andern Worten eine Strafe als untrennbare Folge der Uebertretung einer rechtlichen Vorschrift erleiden müsse, wenn er demselben zuwiderhandle, gibt folgenden Bedenken Raum. Erstlich muß man wohl einen doppelten Begriff der Unfreiheit im Handeln bei dem, welcher der Idee der Gerechtigkeit zuwiderhandelt, und bei dem, dessen Freiheit durch eine Strafe beschränkt wird, — in sofern dieß überhaupt der Fall — annehmen, weil Letzterer möglicher Weise keine andere Handlung außerhalb des Gefängnisses, als in demselben vornehmen würde, so daß eine Beschränkung im Handeln für ihn gar nicht existirte und nur scheinbar vorhanden wäre. Demnach läßt sich aber auch die zur Strafe verhängte Unfreiheit des unrechtlich Handelnden derjenigen nicht substi-

tuiren, welche die unmittelbare Folge seines Verbrechens, der unmittelbare Verlust seines Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, sein würde. Sodann ist es zwar richtig, daß eine rechtliche Vorschrift ohne Strafbestimmung gegen ihren Uebertreter von keiner Wirksamkeit sein würde, mehr aber folgt nicht daraus, als daß der Gesetzgeber, um den Zweck eines geregelten Rechtszustandes zu erreichen und die Realisirung des Rechtes möglichst zu erleichtern, keine Criminalgesetze ohne eine solche Strafbestimmung erlassen soll, denn die Nothwendigkeit der Strafe gibt weder ein Recht zu deren Zufügung, noch beruht sie auf einer festern Grundlage, als auf der Empirie. Endlich scheint auch die Gleichstellung der Strafe mit dem Verluste des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, um deßwillen bei der Anwendung gefährlich, weil der Werth dieser Freiheit nach der Individualität der Einzelnen höchst verschieden und bei consequenter Durchführung dieses Principes eine relative Ungleichheit zu befürchten ist, die die Ausgleichung durch andere Strafarten erheischt.

Köstlin.

9) Auf eine überaus scharfsinnige und durchdachte Weise ist unsere Materie in Köstlin's neu erschienenem Werke: Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, bearbeitet worden. Nachdem dieser Schriftsteller das Verbrechen als verbrecherische Handlung, d. h. als die das objectiv im Gesetz ausgedrückte Recht, als Recht verletzende, schuldvolle Handlung eines freien Subjectes richtig bestimmt, wohl aber nicht ganz treffend die Strafe als Wiederaufhebung desselben bezeichnet hat, verbreitet er sich in dem §. 198 bis 207 über den Begriff der Strafe überhaupt, die möglichen Zwecke derselben und das Princip der vom Staate ausgehenden Strafe. Hier müssen wir uns, zu Ersparung des Raums, mit folgendem Extracte daraus begnügen.

„Die Strafe enthält a) die objective Wiederherstellung des Rechtes aus seiner Negation mittelst einer dem Werthe nach gleichen Negation des rechtsverletzenden Willens. Dieß macht ihre abstracte Gerechtigkeit aus, durch welche sich der Strafzwang eben so sehr rechtfertigt, als der Entschädigungszwang. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wieder aufgehoben werde, und zwar durch einen ihm gleichen Zwang, weil die zweite Negation allein durch die erste gesetzt und nichts anderes ist, als die Selbstdarstellung ihrer Nichtigkeit. In dem Begriffe der Strafe liegt aber auch b) die Aufhebung des Verbrechens in der verbrecherischen Subjectivität, d. h. die Aufhebung der verbrecherischen Gesinnung. Sofern es aber c) der Staat ist, der Strafe gegen Verbrechen verhängt, und im wesentlichen Unterschiede von den andern sittlichen Sphären, welche gleichfalls zur Wiederaufhebuug des Unrechts berufen sind, nur solche Subjecte als Verbrecher voraussetzt, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist, so ergibt sich als das Verhältniß der objectiven und subjectiven Seite der Strafe dieß, daß die letztere innerhalb der ersteren gehalten bleiben muß. Die Zwecke der Strafe können nichts Anderes sein, als die in der Kategorie des Sollens gesetzten Momente ihres Begriffs. a) Der erste und vorzüglichste Zweck der Strafe ist die objective Wiederherstellung des Rechts aus seiner Negation, welche Wiederherstellung aber nur dadurch vollzogen wird, daß die Negation eben da, wo sie allein positive Existenz hat, am Willen des Verbrechers aufgehoben wird. b) Zugleich hat die Strafe den Zweck, den Grund des Verbrechens in der Subjectivität aufzuheben; sie hat hiernach die Intention, von dem Schuldigen als gerechte Züchtigung erkannt zu werden, und in Folge davon

zu seiner Abschreckung zu dienen. c) Diese objectiven und subjectiven Zwecke hat jedoch die Strafe; als Ausdruck der vindicativen Gerechtigkeit gegen wirkliche Verbrechen, nur in Beziehung auf den Staat. Die Strafe des Staats muß mithin, um dem vollen Begriffe der sittlichen Gerechtigkeit, die auch der Staat in der ihm eigenthümlichen Potenz zu realisiren hat, zu entsprechen, allerdings auch die dargestellten subjectiven Intentionen in sich aufnehmen, aber sie muß dieselben dem aus der wesentlichen Natur des Staats, als des objectiv sittlichen Organismus, hervorgehenden objectiven Zwecke als dem Hauptzwecke unterordnen, d. h. ihr Princip, was ihre Qualität und Quantität wesentlich bestimmt, muß die objective Genugthuung (Wiedervergeltung) bleiben, und die subjectiven Zwecke dürfen nur da hervortreten, wo dieses ihr Hervortreten durch den objectiven Zweck selbst gesetzt ist."

In Ansehung des sub a. genannten Elementes der Strafe scheint uns in der durch dasselbe gesetzten Gerechtigkeit, die wir an sich gern zugestehen, das Recht ihrer Vollziehung noch nicht enthalten, mithin auch die rechtliche Möglichkeit ihrer Erscheinung und Verwirklichung noch nicht bewiesen, weil jene, wie jedes Recht, erst von einem Subjecte acquirirt werden muß. Nach Köstlin's Deduction wird man zwar dieses Sprunges weniger inne, weil er sub c. den Staat ohne Weiteres als den zur Strafvollziehung allein Berechtigten erwähnt; allein wenn man sich dieß auch gefallen lassen wollte, da in concreto die Strafe nicht wohl im außerstaatlichen Zustande zur Existenz kommen wird, so wäre doch die Nachweisung zu wünschen gewesen, wodurch die moralische Verpflichtung des Staats zur Realisirung des Rechts zum wirklichen Rechte geworden wäre. Da wir aber auch die Möglichkeit der Strafe außerhalb des Staates annehmen zu müssen glauben, so können wir die Beziehung derselben auf den Staat und das Recht, *insofern es das Fundament des Staates bildet*, als ein wesentliches

Moment derselben nicht betrachten, während die Aufhebung des Grundes des Verbrechens in der Subjectivität nach unserem bescheidenen Dafürhalten eher als die durch die Criminal-Politik angerathene Weise der Realisirung der Rechtsidee als als wirklicher Strafzweck zu nennen sein möchte. Denn nur nach letzterer und so weit dieselbe im Volke oder bei Einzelnen sich durchgebildet hat und erkannt worden ist, läßt sich bestimmen, welche Strafe gerecht ist, während die Criminal-Politik sich damit zu beschäftigen hat, daß die bereits gerechtfertigte Strafe in der Weise und Qualität realisirt werde, daß der obige Zweck der Realisirung des Rechts möglichst vollkommen erreicht werde. Nach dieser muß deßhalb auch ermessen werden, ob auf Abschreckung, Warnung, Besserung, Sicherung, Prävention im concreten Falle hingewirkt werden kann, so daß diesen möglichen Nebenzwecken, oder vielmehr Nebenrücksichten, ein eigentlicher Einfluß auf die Strafe selbst oder deren Princip nicht gestattet werden kann.

Wagner.

10) Wagner, welchem die Strafe als Reaction der Majestät des Staates gegen jeden auf sie gerichteten Angriff erscheint, dergestalt, daß sie das Verbrechen neutralisire, und der zuweilen zu den Vertheidigern der gemischten Theorieen gezählt worden ist, drückt sich in seinem Systeme der Idealphilosophie, Leipzig 1804, S. 136 so aus:

„Die Majestät im Staate ist gegen jeden Frevler gerichtet, welcher aus der Indifferenz des Ganzen sich losreißt, und je mehr dieser sich negativ setzt gegen das Ganze, desto mehr ist auch die Majestät mit positiver Thätigkeit gegen ihn gerichtet; eximirt er sich selbst ganz, so muß die Majestät ihn vernichten, entweder bürgerlich, indem sie ihn ausstößt, oder physisch, indem sie ihn tödtet, gleich dem Schicksal, welches jeden Wunsch des Einzelnen, sich an die Stelle des Ganzen zu setzen, reprimirt, indem es feindliche Kräfte

dem Frevler entgegensetzt, die ihn vernichten, und seine That durch seinen Untergang auslöscht. Also wird das Verbrechen durch die Strafe neutralisirt. Der Maaßstab der Strafe aber liegt in der unbürgerlichen Gesinnung des Verbrechers, nicht in der That."

Daß die Wagner'sche Anschauungsweise, welche übrigens den Maaßstaab der Strafe allzu einseitig in der — unbürgerlichen — Gesinnung findet[8]), der relativen Theorie sich nähert, oder im Grunde mit derselben auf eins hinauskommt, geht aus der so eben allegirten Deduction klar hervor, weil die angenommene Geltendmachung der Majestät des Staates gegen jeden Verbrecher um der Unverletzlichkeit willen, oder zur Aufrechterhaltung des Staates geschieht. Außerhalb des Staates würde, weil dann die Majestät desselben nicht angegriffen werden könnte, unter keinen Umständen eine Strafe gedacht werden können, wenn sich auch die Möglichkeit eines Verbrechens — wie dieß wirklich der Fall ist — annehmen ließe. Wie aber der Staat dazu gekommen, die gegen ihn gerichteten Angriffe, wenn sie von seinen Unterthanen, als integrirenden Theilen desselben, ausgehen, zu bestrafen, bleibt um so mehr ein Räthsel, als die Bestrafung oder Neutralisirung etwaiger Angriffe nicht mit in dem Begriffe der Majestät enthalten ist, welche letztere nichts Positives bedeutet, sondern nur negativ als die Eigenschaft der Unverletzlichkeit aufzufassen ist. Jedenfalls ist diese Majestät wie keine irdische Macht im Stande, ein Verbrechen gänzlich zu vernichten oder ungeschehen zu machen, sondern es kann und

[8]) Es ist ebenso verkehrt und gänzlich unmöglich, sagt Welcker in seiner Schrift: Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 199, die Würdigkeit eines Menschen nach der Größe der materiellen Wirkung einer That zu messen, als die Größe der innern Schuld, oder des bösen Willens mit dem materiellen Uebel messen und ausgleichen zu wollen, da zwischen ihnen nirgends ein Gleichungspunkt sich findet.

muß sich die Strafgewalt nur darauf beschränken, daß die darin liegende Nichtanerkennung oder Nichtachtung des Rechtsgesetzes und beziehungsweise des Rechtes selbst keinen Nachtheil für das Fortleben der Rechtsidee im Volksgeiste zurückläßt, dergestalt, daß die Strafe als das durch die Vernunft gebotene einzige, der Rechtsidee — in der unvollkommenen Form, unter welcher sie hienieden zur Erscheinung kommt, — entsprechende Mittel zu Erreichung dieses Zweckes anzusehen ist. Mehr scheint aber auch Wagner mit seiner Neutralisirung des Verbrechens durch die Strafe nicht gemeint zu haben, als daß sie es in seiner Beziehung zum Staate unschädlich macht und wenigstens seinen Folgen nach wieder aufhebt. Ja wenn man bei der Wagner'schen Theorie den Gesichtspunkt der Wiedervergeltung, durch welche die Strafe Bestimmung und Erklärung findet, in's Auge faßt, so liegt auch der Einwand nahe, daß in der durch die Strafe bezweckten Reaction eine neue Schwächung der Staatskraft enthalten, die Vergeltung selbst aber nicht genügend sei, um wenigstens im Staate die Größe der Strafen zu bestimmen, weil, wenn man bei der Vergeltung das Princip der Gerechtigkeit nicht zu Hülfe nimmt, resp. ihr solches substituirt, Strafen in Anwendung gebracht werden müßten, denen es an jedem Bande mit dem Zwecke des Staates und dem Rechtfertigungsgrunde seiner Existenz gebrechen würde. Vom Gesichtspunkte der gemischten relativen Theorieen ist das Wagner'sche System beleuchtet von Welcker S. 211 der oben erwähnten Schrift.

Schmid.

11) Schmid, welcher das Recht der Bestrafung für ein ursprüngliches absolutes und nicht erst mit dem Entstehen des Staates erzeugtes erklärt, findet in dem Principe der Gleichheit die Begründung und Rechtfertigung der Strafe. In seiner Schrift über den Urgrund des Strafrechtes, Augsburg 1801, S. 52 ff. finden wir darüber Folgendes:

„Gleichwie mir das Recht zusteht, die Wiederherstellung der gesammten Freiheit — den Schadenersatz zu fordern, so gebührt mir aus dem nämlichen Grunde — der juridischen Reaction auch das Recht, die Wiederherstellung der verletzten Gleichheit an dem Verletzer nachzusuchen. Nun kann dieses Recht nicht durch bloße Worte oder Zeichen der Reue hergestellt werden, weil ich über Reue, als eine innerliche Handlung, ein zuverlässiges Urtheil zu fällen niemals im Stande bin, sondern weil eine Verletzung eines Rechtes durch äußerliche Thathandlung vorgegangen, so werden auch untrügliche äußerliche Merkmale erfordert, die klar und bestimmt zeigen, daß der Andere, welcher freiwillig die Gleichheit verletzet, dem Verletzer auch äußerlich wieder gleichgestellt werde. Die Ungleichheit, welche der Verletzer freiwillig (per actionem liberam) zwischen ihm und dem Verletzten verursachet, bestehet darin, daß er dem Verletzten seine Freiheit, welche doch der seinigen gleichstehet, ohne Rechtsgrund beschränket, und selbigem dadurch ein unangenehmes Gefühl herbeigezogen hat; diese Ungleichheit läßt sich von Seite des Verletzten nicht mehr aufheben, denn das verursachte unangenehme Gefühl kann nicht mehr zurückgenommen werden. Also nur von Seite des Verletzers ist diese Gleichstellung möglich, und zwar nur mittelst eines untrüglichen äußerlichen Merkmales, welches kein anderes sein kann, als ein gleiches Leiden mit demjenigen, das er dem Beleidigten freiwillig zugefügt hat. — Auf die moralische Abänderung der Gesinnung wird hier, da wir uns auf dem juridischen Gebiete befinden, keine Rücksicht genommen. Der bestrafte Verletzer mag denken, was er will, wenn er nur durch gleiches Leiden dem Verletzten äußerlich gleichgestellt ist. Die verletzte Gleichheit kann also nur durch gleiche Behandlung des Verletzers im Wege Rechtens hergestellt werden. Da mithin ein Jeder das Recht hat, diese Herstellung zu fordern, so hat auch jeder Beleidigte das Recht — gleiche Behandlung dem Verletzer anzuthun, das ist, durch gleiches

Uebel die verletzte Gleichheit wiederherzustellen, oder, was das Nämliche sagen will, er hat das Recht zu strafen, was zu erweisen war."

Gesetzt, durch die Strafe könnte insofern die verletzte Gleichheit überhaupt wiederhergestellt werden, als sie die Freiheit des Verbrechers in demselben Grade beschränke, wie dieß beim Verletzten durch Zufügung des in der rechtswidrigen That enthaltenen Uebels geschehen, so wird erstlich nur eine relative Gleichheit erzielt werden können, weil sich die verletzte Freiheit des Beleidigten nicht wieder in den vorigen Stand setzen, oder die im Verbrechen enthaltene Freiheitsbeschränkung nicht wieder aufheben oder zurücknehmen läßt, folglich nur der Verbrecher durch Beschränkung der ihm angebornen Freiheit mit dem Verletzten gleichgestellt werden kann. Beginge übrigens der Verbrecher nach verbüßter Strafe eine seiner frühern That ähnliche, der Rechtsidee widersprechende Handlung an einer andern Person, so könnte er nach dem Princip der Gleichheit gar nicht bestraft werden, weil eben seine Freiheit schon in so weit gemindert ist, als dieß Seitens des Verletzten durch das Verbrechen geschehen. Würde er selbst aber zum Gegenstand einer solchen Handlung eines Dritten, so müßte dieser Dritte doppelt bestraft werden, um die wenigstens relative Gleichheit wiederherzustellen. Der Maaßstab, welchen die zu bezweckende Gleichheit bietet, ist nun streng genommen kein anderer, als der der Talion, so daß auch die dieser entgegenstehenden Einwürfe mit Grund opponirt werden können. Dieß scheint auch Schmid gefühlt zu haben, indem er z. B. über die Strafe des Diebstahls sich S. 55 so äußert:

„Es ist nicht gemeint, daß, weil der Dieb gestohlen, der Bestohlene jenen auch bestehlen müsse, sondern der Dieb, welcher durch Verletzung des fremden Eigenthums an den Tag legt, daß er zu Befriedigung seines niedrigen Hanges zur Bequemlichkeit oder Wohlleben seine Mitmenschen zum

Gefühle der Darbung verpflichten will, ist gerade am angemessensten bestraft, wenn in ihm das gleiche Gefühl der Darbung durch Entziehung von Allem, was er nicht durch eigene, ihm gar nicht anständige Handarbeit verdient, vergolten wird."

Allein abgesehen davon, daß demgemäß ein gänzlich Vermögensloser gar nicht bestraft werden und deßhalb ungeahndet den Diebstahl handwerksmäßig betreiben könnte, daß selbst nach Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse die Strafe des Diebstahls ganz ungleich und namentlich bei den sogenannten kleinen Diebstählen in der Regel zu hart wäre, so fände auch andererseits in der Bestrafung des Diebstahls ein der Größe der Verschuldung entsprechender Unterschied, welcher recht eigentlich bei diesem Verbrechen nach dem Objecte, so wie nach der etwaigen Wiederholung aus Gründen der Criminalpolitik mit bemessen werden muß, gar nicht Statt, was Niemand billigen wird. Endlich würde aber auch aus dem Rechte der Gleichheit, an dessen Erweislichmachung nach unserm Dafürhalten Jeder scheitern würde, noch Niemand ein Recht erlangen, etwas über den Verletzenden zu beschließen, weil unserer Annahme gemäß Rechte nur durch Uebereinkunft oder Zugeständniß entstehen, sondern der Beleidiger würde vielmehr über sich selbst beschließen, was er widerrechtlich über Andere beschlösse, weil sonach dem Principe der Gleichheit vollkommen Genüge geschehen. Nehmen wir aber an, daß der Beleidigte als solcher formell ein Recht erhalte, nach subjectivem Gefühle über den Beleidiger zu beschließen, was dieser nicht gewollt hat, so würde es ein Recht der Rache sein, als welches es Schmid selbst nicht erklärt wissen will. Und überhaupt müßte auch dann alle Strafe zwecklos sein, wenn sie von dem Verbrecher nicht eben so empfunden würde, als die Rechtsverletzung von dem Beleidigten, weil jenem durch die Strafe ein gleiches Leiden, ein gleich unangenehmes Gefühl verursacht werden soll. Wem ist aber nicht die Verschiedenheit der durch die Strafe im concreten Falle bewirk-

ten Eindrücke, welche sich nach der Individualität des Bestraften richten, bekannt, und wer wird hiernach behaupten, daß die äußere Gleichstellung mit der wirklichen, nach der Empfindung des Bestraften sich richtenden, in jedem Falle übereinstimmt? Aehnliche Versuche zur Begründung des Strafrechts enthalten Borst's Versuch einer neuen rein rechtlichen Darstellung des Strafrechts, Nürnberg 1811, und Hansel, über das Princip des Criminalrechts, Leipzig 1811, welcher Letztere, wie Wagner, den bösen Willen vergolten wissen will.

Stahl.

12) Eine mit großer Consequenz durchgeführte Theorie ist die der göttlichen Strafgerechtigkeit, aufgestellt von Stahl in dessen Philosophie des Rechtes. Sie gehört zwar ebenfalls zu den absoluten Theorieen, wie schon ihr Name ergibt, neigt sich aber, was von Hepp in seiner mehrerwähnten Schrift: Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme I. Band S. 214 ff. umständlich dargethan worden ist, in vieler Beziehung, namentlich, weil sie die Strafe um der Erhaltung der Rechtsordnung im Staate und der Herrschaft desselben willen als nothwendig annimmt, zu den relativen Strafrechtssystemen, sobald man solche in ihrer Allgemeinheit auffaßt, hin..

„Wie das Reich des Staates, sagt Stahl im II. Bande 2. Abtheilung S. 372 ff., im Ganzen ein äußerliches ist, so auch seine Strafgerechtigkeit. Seine Herrschaft wird nur durch äußere That verletzt — durch Verbrechen, und wird nur durch äußere, körperlich zugefügte Strafe wiederhergestellt. Aber diese äußere Strafgerechtigkeit kann doch ihrem Wesen nach keine andere sein, als die Strafgerechtigkeit überhaupt, als die Strafgerechtigkeit Gottes. Sie ist die Herstellung des Reichs, d. i. der Herrlichkeit, des Staates durch die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie

empört hat. Denn durch das Verbrechen macht sich der Thäter zu einem Herrn über den Staat und seine Ordnung, er richtet ein anderes, sein eigenes, Reich in ihm auf, deßhalb muß die höhere Macht des Staates sich an ihm bewähren, in der That selbst, wie im Bewußtsein, sowohl der menschlichen Gemeinschaft, als des Verbrechers, sie muß ihn vertilgen, je nachdem seine Auflehnung war, entweder vollständig, oder nur in bestimmter Beziehung, durch Lähmung seiner natürlichen Kraft und Freiheit, die er nothwendig als Leiden empfindet, damit nur ihr Reich bestehe, und kein anderes, das ist die Strafe. Nicht das Gesetz des Staates soll durch sie aufrecht erhalten und wiederhergestellt werden — das wäre unmöglich, seine Uebertretung ist unwiderruflich — sondern seine Herrlichkeit. Die Gerechtigkeit ihrem Begriffe nach fordert nicht, daß keine Gesetzübertretung stattfinde, sie fordert nur, daß kein gesetzwidriger Wille sich behaupte und den Sieg behalte, zum Trotze der höhern Ordnung. — Es wird also gestraft um der Gerechtigkeit willen. Die Strafe kann keinen zukünftigen Zweck haben, (daß künftig keine Verbrechen geschehen,) und kein bloß factisches mechanisches Mittel sein, sondern die vollbrachte That selbst und schlechthin fordert aus ethischem Grunde die Strafe. Wo Gerechtigkeit ist, da muß auf das Böse die Strafe folgen, und umgekehrt kann es keine Strafe geben, außer als ein nothwendiges Gebot der Gerechtigkeit. Dieß ist auch der specifische Begriff der Strafe, wie er in jedem unbefangenen Bewußtsein sich mit dem Worte schon verbindet, und wenn das Uebel, das der Verbrecher leidet, etwas Anderes sein sollte — Abschreckung, Nothwehr, — so dürfte es wenigstens nicht mehr Strafe genannt werden; die Strafe des Staates ist darum aber keineswegs Rache, denn der Verbrecher wird nicht gestraft, damit er leide, sondern er leidet, damit er gestraft sei, und sie ist nicht Wiedervergeltung, denn sie besteht nicht, damit dem Verbrecher widerfahre, was er Andern (oder dem Staate)

zugefügt, sondern damit sein Wille nicht die Herrschaft behaupte gegen den Staat und seine Ordnung. Sie unterscheidet sich auch von der sittlichen Strafe, die nur Gottes Sache ist; denn der Staat straft nicht die Sünde, sondern das Verbrechen, und seine Strafe ist keine ewige Verdammniß und kein Seelenschmerz, sondern ein körperliches Leiden. Zu dieser rechtlichen Strafe ist aber der Staat befugt und verpflichtet, weil es seine Bestimmung und sein Wesen ist, die äußere Ordnung Gottes auf Erden zu handhaben, und es umfaßt auch seine Strafgerechtigkeit nur die Verletzung dieser Ordnung, deren Schutz er für seinen unabweisbaren Auftrag erkennen muß."

Wenn Stahl behauptet, daß durch die Strafe die Herrlichkeit des übertretenen Gesetzes aufrecht erhalten und wiederhergestellt werde, so entsteht erstlich die Frage: ob eine solche Wiederherstellung lediglich in Bezug auf den Verbrecher, oder auf die übrigen Staatsangehörigen, oder auf diese und den Verbrecher, in der Strafe enthalten sein soll. In dem ersten Falle müßte volle Straflosigkeit eintreten, wenn ein Verbrecher seine That so bereuen würde, daß der Richter dadurch die Ueberzeugung gewönne, daß ein gesetzwidriger Wille nicht mehr in ihm herrsche, dies würde aber jedenfalls der Gerechtigkeit widersprechen, in dem zweiten Falle würde aber die Strafe nur in sofern als gerechtfertigt erscheinen, wenn die Verübung eines Verbrechens mit Sicherheit auf den Volksgeist, oder den Willen Aller schließen ließe, weil ja nur bei dem Verbrecher die Gewißheit vorhanden ist, daß er das sein Verbrechen verbietende Gesetz verachtet hat und sich die Strafe leicht als überflüssig darstellen könnte; in dem dritten Falle gelangte man aber zu einer allzu großen Strenge, indem nicht nur die Reue des Verbrechers ohne Einfluß bliebe, sondern auch eine Herabsetzung der Strafe so lange nicht Statt finden könnte, als nicht nachgewiesen werden könnte, daß jeder Einzelne die Majestät und Herrlichkeit des Gesetzes auch

nach verübtem Verbrechen anerkenne, was freilich nicht möglich ist. Auch als Wiederherstellung einer Persönlichkeit — des Staates — und der von ihr eingesetzten Ordnung wurde die Strafe von Stahl bezeichnet, wenn er S. 364 sagt:

„Dieselbe Gerechtigkeit aber, welche die Herrschaft des Staates und die Befugniß der Unterthanen aufrecht hält gegen den Verletzer, dieselbe muß zugleich das Recht Dessen aufrecht halten, gegen den sie jene wiederherzustellen unternimmt. Denn der Schutz seiner Persönlichkeit in ihrer Berechtigung gehört ja eben so nothwendig zu ihrem eigenen Begriff und Wesen, als der Schutz der Herrschaft des Staates, oder der Ansprüche anderer Persönlichkeiten."

Allein abgesehen davon, daß die einmal ganz aufgehobene Herrschaft des Staates, z. B. durch Vernichtung desselben, durch diesen gar nicht wiederhergestellt werden könnte, weil es eben an Demjenigen fehlen würde, welcher die rechtliche Ordnung wieder aufstellte, so liegt wenigstens in dem Wesen der Strafe, als eines Uebels, oder einer Beschränkung der menschlichen Freiheit, nichts, was darauf hindeutete, so wie denn auch die Vernichtung oder Aufhebung der Herrschaft des Staates ohne dessen Untergang selbst undenkbar ist, in diesem Falle aber von einer Wiederherstellung seiner Herrlichkeit durch sich selbst keine Rede sein kann. Uebrigens ist und bleibt es eine willkürliche Annahme, wenn man die Strafe als nur im Staate, dem äußerlichen Reiche Gottes, gegen welches alle Verbrechen gerichtet sein sollen, vorkommend supponirt, weil, wie oben gezeigt wurde, die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen und bereits bei Beurtheilung des Hegel'schen Strafrechtssystems nachgewiesen worden ist, zu welchen Resultaten man gelangt, wenn man die Einwilligung des Verbrechers in die Strafe ohne Weiteres fingirt, wie dieß ebenfalls von unserm Philosophen geschehen, indem er sie als das Wesen und Wollen des Uebertreters, entkleidet von seiner Willkür, bezeichnet. Mit Freude aber gewahrt

man, daß Stahl bei der Strafbestimmung die subjective und objective Seite des Verbrechens berücksichtigt und daß er vor Allen bemüht ist, nur die wirkliche Verschuldung als strafbar nachzuweisen.

v o n L y n k.

13) Durch von Lynk wird nicht nur der Philosophie im Gegensatz zur Geschichte ein allzu untergeordneter Einfluß im Strafrechte, so wie in den Rechtsverhältnissen der Einzelnen und der Gesammtheit überhaupt, gestattet, sondern es scheint uns auch derselbe darin zu irren, daß, weil er eben nur das auf Geschichte und Begebenheit, das auf Leben und That Ruhende vor Augen hat, die jüngste Stufe des Bewußtseins von dem in den mannichfaltigen Verhältnissen und Richtungen des öffentlichen Lebens von der Natur oder von Gott Gewollten der alleinige Erkenntnißgrund des Rechtes und des Gerechten sei. Denn nicht zu gedenken, daß die Fortbildung der Menschheit in einem gewissen Kreislaufe vor sich geht und ganz unbezweifelt Rückschritte in derselben vorzukommen pflegen, so wird es von Niemand bestritten werden, daß gegenwärtig, wie dieß zu allen Zeiten geschehen, von Einzelnen in der Kenntniß des Rechtes Fortschritte gemacht werden können, wodurch sie der Masse des Volkes vorauseilend, dieses unwillkürlich mit zu sich emporziehen. Was aber namentlich die Strafe, deren Zweck und Begründung betrifft, so ist sie nach unserem Schriftsteller zunächst Vergeltung, gleichzeitig aber auch theils Mittel der Abschreckung für alle Bürger, Schutzmittel ihrer Freiheit und Rechte gegen künftige Angriffe, theils Mittel der Besserung für den Verbrecher. Daß diese Zwecke nicht überall erreicht werden können, vielmehr Widersprüche ganz unvermeidlich sind, weil, wenn auch die relativen Seiten in Einklang zu bringen sind, doch eine Vergeltung, soll sie anders der Gerechtigkeit und dem göttlichen Willen entsprechen, von ähnlichen

Nebenvortheilen nicht abhängig sein, mithin in dem einen Falle verschieden von dem andern ausfallen kann, scheint uns deßhalb ebenso unleugbar, als daß der höchste oder göttliche Wille nicht allein hinreicht, um nach dessen Verletzung den Begriff des Verbrechens zu bestimmen, weil sich letztere von einer unmoralischen Handlung nicht unterscheiden ließe, und weil danach bei gänzlich uncultivirten Völkern die Verübung von Verbrechen ganz unmöglich wäre, was wegen des dem Menschen angebornen Rechtsgefühls nicht angenommen werden darf. Und wenn wir ferner nicht zugeben können, daß die Strafe gleichmäßig auf die Zukunft, wie auf die Vergangenheit bezogen werden muß, so müssen auch die Nebenzwecke der Abschreckung und Besserung, welche leicht noch vervielfältigt werden könnten, hinwegfallen. Aus von Lynk's Schrift: Ueber das Naturrecht unserer Zeit, als Grundlage der Strafrechtstheorieen, München 1829, heben wir des bessern Verständnisses halber folgende Stelle heraus:

„Hiernach muß all' unser Wissen auf That und Geschichte, auf der Offenbarung dieses höchsten Willens und seiner thatsächlichen Erkenntniß beruhen; das Positive kann nur das Ergebniß der Erfahrung, nur eine zum Bewußtsein gelangte innere oder äußere Thatsache sein. So auch in der Wissenschaft des Rechts und des Gerechten. Nur die ganze ungetheilte Natur des Menschen, die die Einheit seines Denkens und Seins ist, kann ihm die Erkenntniß seiner Rechte und Pflichten geben, nur der Völker, wie der Individuen, lebendiges Bewußtsein von dem in den mannichfaltigen Verhältnissen und Richtungen des öffentlichen Lebens von der Natur, d. h. von Gott Gewollten, kann ihnen der Erkenntnißgrund sein. Dieses Bewußtsein in seiner welthistorischen Entfaltung zu erfassen, sich in den Gang seiner Bewegung und seiner Richtung zu versetzen, durch die es die Vorsehung seinem Ziele entgegenführt, ist die Aufgabe einer wahren, einer geschichtlichen Philosophie des Rechts.

Denn da der gesammte Zustand des menschlichen Geistes nicht ein fertiger, sondern ein im steten Streben und Werden begriffener ist, seine Stufe in jeglichem Zeitalter nur Fortleitung und Entfaltung der Vergangenheit, nur Keim für die Zukunft ist: so kann auch das rechtliche Bewußtsein desselben nur im Werden erfaßt und darin erkannt werden. Hieraus erhellt, daß die jüngste Stufe dieses Bewußtseins, die Stufe der Gegenwart, in sofern sie die vergangene in sich befaßt, zugleich das Ziel und die Schranke sei, bei welchen sich unsere Erkenntniß des Gerechten als Wissenschaft zu bescheiden hat. Der praktische Dienst einer also gewonnenen Philosophie des Rechts kann nicht darin bestehen, daß sie eine abgeschlossene Theorie aufstelle, daß sie absolute, äußere Regeln finde, welchen jedes einzelne Verhältniß, jeder künftige Fall, um entschieden zu werden, nur logisch unterzuordnen wäre; sondern kann nur darin bestehen, daß sie den inneren Geist und Sinn erwecke, der einer lebendigen Fortbildung und Vervollkommnung des bestehenden Rechtszustandes eines Volkes, im Ganzen, wie im Einzelnen, die eigenthümliche Haltung und zeitgemäße Richtung sichert. Diese Fortbildung und Vervollkommnung aber selbst, wie die freie schöpferische Thätigkeit des Menschen für sie, fällt einem andern Bereiche als dem der Wissenschaft, nämlich dem des Lebens und der Kunst, anheim, in dem sich die Funktionen des Gesetzgebers und des Richters bewegen."

Hiernach ergibt sich, daß unser Schriftsteller auf der einen Seite dem Abegg'schen Systeme, das jedoch den historischen und philosophischen Standpunkt verbindet, auf der andern dem Stahl'schen sich nähert, weil er alles Wissen und Thun, mithin auch die Strafe, auf den sich durch das Bewußtsein der Völker und Individuen kundgebenden göttlichen Willen zurückführt und sich sonach gleich Stahl als einen Vertheidiger der göttlichen Strafgerechtigkeitstheorie bekennt. Auf den unmittelbar göttlichen Ursprung des Straf-

rechts weist auch Jarcke im Handbuche des gemeinen d. Strafrechts I S. 244 hin. Endlich gibt es noch eine Ansicht der Gerechtigkeitstheorie, daß nämlich jedem Verbrecher eine bestimmte gerechte Strafe correspondire und daß eben diese auf den Uebertreter nothwendig angewendet werden müsse. Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1838, S. 274. Daß diese Lehre, weil sie nicht nur alle Rücksichten der Criminal-Politik ausschließt, sondern auch dem im concreten Falle stattfindenden größern oder geringern Grad der Verschuldung nicht den gebührenden Einfluß bei der Strafbestimmung gestattet, zu einer gewissen Härte und starren Gleichförmigkeit führt, leidet keinen Zweifel; nach ihr müßte das gleiche Strafübel in jedem Falle des Verbrechens, sobald solches überhaupt nur zur äußern Erscheinung gekommen, vollzogen werden, und daß dieses Strafübel ein gerechtes sei, muß erst erwiesen und kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, weil darin eine offenbare petitio principii liegen würde. Außerdem wird ihr auch, namentlich von Mittermaier, zum Vorwurfe gemacht, daß es nach ihr unmöglich sei, zu bestimmen, welche Strafe jedem bestimmten Verbrechen gerecht entspreche, weil überall es auf die Abwägung aller Interessen ankomme, mithin auch die Strafe davon mit abhängen müsse.

Wir verlassen nunmehr die absoluten Strafrechtssysteme, um welche sich übrigens auch Gönner viel Verdienst erworben hat, s. dessen Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums Bd. II, Heft 1 Nr. 2, Heft 2 Nr. 11, und gehen zunächst zu den gemischten oder zusammengesetzten über, weil diese gleichsam den Uebergang der Anerkennung des absoluten und des rein relativen Princips bilden.

Zweites Kapitel.

Von den zusammengesetzten Theorieen des Strafrechts.

Bekanntlich unterscheidet man die zusammengesetzten Strafrechtstheorieen in solche, welche das absolute oder Gerechtigkeitsprincip mit dem relativen oder dem des Nutzens verbinden, und in solche, welche mehrere äußere Vortheile und Zwecke durch die Strafe zu erreichen suchen; beide Unterarten der Begründung des Strafrechts sollen hier, insofern nicht das absolute Princip oder ein beabsichtigter Vortheil überwiegend vorherrscht und eine Ausnahme rechtfertigt, ihre Stelle finden, jedoch müssen wir noch über dieselben folgende allgemeine Bemerkungen vorhergehen lassen.

Die Verbindung mehrerer Strafzwecke erscheint uns um deßwillen als unzulässig, weil die Strafrechtswissenschaft, wie jede andere philosophische Wissenschaft, nur einen obersten Grundsatz haben kann, weil Zweifel und Verwirrung über die Anwendbarkeit der mit einander verbundenen Principien in einzelnen Fällen gar nicht zu vermeiden sind, über welche kein Gesetzgeber im Voraus erschöpfende Auskunft zu ertheilen vermag, weil, wenigstens bei einigen der gemischten Theorieen, darin eine Inconsequenz liegt, daß bald beide Principien die angemessene Strafe bestimmen sollen, bald nur einem von ihnen die Entscheidung darüber überlassen bleibt, wodurch die erforderliche Gleichmäßigkeit in der Strafabwägung verloren geht. Aus diesem Grunde scheint uns das Raisonnement Henrici's in dessen mehrgedachter Schrift: „daß, wenn das absolute Princip aus Mangel an vorliegenden Thatsachen und psychologischen Erscheinungen über die Verschuldung oder Bosheit eines Verbrechers ungewiß sein sollte, dann das relative Princip ohne Bedenklichkeit vorschreiten

solle, während das absolute Princip bei seinen Strafgeboten nie die subjective Verschuldung eines Verbrechers zum einzigen Maaßstab der Strafbarkeit machen dürfe," nicht gebilligt werden zu können, zumal keinem mit der Strafe möglicher Weise zu erreichenden äußeren Zwecke ein solcher Einfluß verstattet werden darf, wie ihn die relative Theorie, sei dieß auch in Verbindung mit der absoluten, mit sich bringt. Kommen überhaupt dergleichen Nebenvortheile, als Besserung, Abschreckung, Prävention, in Frage, so setzt dies voraus, daß eine gewisse Strafe, selbst ihrer Größe nach, nach der Gerechtigkeit bestimmt und ihre Anwendbarkeit durch eine Uebereinkunft des zu Bestrafenden mit dem Vollzieher der Strafe, resp. dem Staate, vermittelt wurde; nur die Art und Modalität der Strafe soll der Spiegel der den jedesmaligen Verhältnissen nach erreichbaren Nebenvortheile sein. Können diese deßhalb nicht alle vor der Gerechtigkeit bestehen, so müssen sie um so mehr als unhaltbar hinwegfallen, als auf die subjectiven Nebenabsichten des Strafenden bei der Begründung des Strafrechts überall nichts ankommt. Endlich würde eine gemischte oder combinirte Theorie, wenn auch wirklich die verschiedenen Principien, aus denen sie zusammengesetzt, zu lebendiger Einheit verschmolzen wären — wiewohl dieß eben nur scheinbar und so geschehen kann, daß das absolute oder relative Princip oder eine einzelne Phase des letztern von dem mit verbundenen verdrängt wird — mit den Vorzügen auch die Mängel und Fehler der in ihr vereinigten Grundprincipien an sich tragen.

Rossi.

Die Reihe der Vertheidiger der gemischten oder Coalitionssysteme eröffnet

1) der Franzose Rossi, Traité de droit penal Par. et Genève 3 Vol. 1829 (aussi et. Brux.), welcher sich die absolute, göttliche, oder auch moralische Gerechtigkeit — deren

die Strafgewalt nie entbehren könne — durch die Kurzsichtigkeit des Gesetzgebers und Richters, durch den Mangel des Stoffes, um das in dem Verbrechen liegende Uebel in gleichem Maaße zu vergelten, so wie durch die Unvollkommenheit der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt beschränkt und in ihrer Erhabenheit gehemmt vorstellt. Die Sicherung des rechtlichen Zustandes, welche durch die Strafanstalt gewährt werde, ist ihm der dem relativen Principe entsprechende Nutzen, durch welchen jedoch der Umfang des Strafgebietes nicht positiv, sondern nur negativ bestimmt und resp. beschränkt wird. Traité Liv. 2 chap. 1: „Nous ne disons pas, le droit de punir n'est que l'intérét, et il peut aller aussi loin que l'intérét l'exige; nous disons: le droit de punir dérive de l'ordre moral, il ne peut jamais dépasser l'ordre moral; mais cette loi elle-même, il ne doit pas toujours la suivre jusqu'au but; il doit s'arrêter là où l'intérét général ne demande rien. Ainsi l'utilité n'est pour nous ni la source du droit, ni une mesure absolue; elle n'est qu'une mesure restrictive. Elle peut nous faire rester en deça, mais jamais nous pousser audelà de la loi morale. Elle peut nous faire poser des regles subsidiaires et plus resserrées que celle de la loi morale; mais elle ne peut jamais en établir de contraires à la nature de la justice absolue, dont la justice humaine n'est qu'une dérivation."

Wenn nun auch nicht in Abrede zu stellen ist, daß die sogenannte bürgerliche Gerechtigkeit, oder vielmehr das unablässig sich bethätigende Bestreben der Realisirung der Rechtsidee wegen der Ohnmacht, Kurzsichtigkeit und Unvollkommenheit der Menschen leider oft hinter der wirklichen Gerechtigkeit zurückbleibt, so ist doch auf der andern Seite ebenso unbestreitbar, daß die vollkommene Erreichung des einzig wahren Strafzweckes in concreto keineswegs außer der Möglichkeit liegt und jederzeit als schönstes Ziel gelten muß. Außer-

dem scheint uns aber der nach Rossi durch das Strafinstitut zu erzielende Nutzen, in der Sicherung des rechtlichen Zustandes bestehend, nicht der der Menschheit würdige Gesichtspunkt, da solche das Recht um sein selbst willen, nicht aber als Mittel der Sicherung irdischer Güter oder Vortheile aufrecht zu erhalten und zu fördern bemüht sein muß. Auch läßt Rossi die Frage, wodurch und auf welchem Wege der Strafende eigentlich das Recht zur Strafzufügung erworben habe, unbeantwortet, oder wenigstens unerledigt. Denn wenn er die Strafgewalt des Staats ohne Weiteres als ein nothwendiges Mittel und resp. als das einzige Zwangsmittel zur Realisirung seines Zweckes für gerechtfertigt hält, so supponirt er einestheils, daß die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung nur auf dem Wege des Zwangs erreicht werden kann, anderntheils übersieht er aber auch, daß wirkliche Rechte durch die Nothwendigkeit nicht entstehen können. S. Rossi, Traité Liv. I, S. 157, 160—162. Und endlich liegt nach unserem Dafürhalten in der von Rossi angenommenen Bestimmung des rechtlichen und des bürgerlichen Strafmaaßes ein Widerspruch, weil er zwar zugibt, daß die göttliche und menschliche Gerechtigkeit ihrem Wesen nach gleich sind und aus denselben Quellen herstammen, so daß sie sich nur nach ihrer Anwendbarkeit und Beziehung unterscheiden, demungeachtet aber als das rechtliche Strafmaaß die Verschuldung des Verbrechers, als das bürgerliche den Grad der Gefahr vor künftigen Verletzungen bezeichnet, so daß er dort nur die Vergangenheit und das Verbrechen selbst, hier die Zukunft und einen in derselben liegenden Zustand im Auge hat, der mit dem Verbrechen wenigstens nicht nothwendig eintritt, und in dieser sowohl, als in anderer Beziehung bei Abmessung der Strafe zuweilen zu trügerischen Resultaten führen kann, wie z. B. beim Diebstahl, bei dem die Wiederholung erfahrungsmäßig am meisten zu befürchten und der deßhalb unter Umständen zu streng geahndet werden müßte.

Eine solche Unsicherheit und Ungleichheit wird aber bei dem Rossi'schen Systeme um so fühlbarer, weil in demselben, um das maximum: die moralische Strafe, als Grenze für die bürgerliche, aufzufinden, auf das Gewissen und das ganze Menschengeschlecht statt auf die angeborne Rechtsidee oder Vernunft verwiesen wird. Eine ausführliche Darstellung und Kritik der Rossi'schen Theorie findet sich in Hepp's Schrift: über die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslandes §. 12—25. S. auch Henrici S. 214 ff. und Köstlin's Neue Revision S. 824 ff., wo es namentlich gerügt wird, daß von Rossi die rechtliche Gerechtigkeit nur als eine — jedoch unvollkommene — Erscheinungsweise der moralischen Gerechtigkeit vorgestellt und, weil das Verhältniß des Individuums zum Staate als Pflichtverhältniß dargestellt worden, eine unklare Vermischung der Begriffe von Recht und Pflicht veranlaßt werde.

von Kapff.

2) Eine eigenthümliche Theorie des Strafrechts, nach welcher das absolute und relative System einander coordinirt sind, ist die von dem Verfasser der: Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Würtemberg, nebst einem Versuche über den Zweck und den Maaßstab der Strafe und über die Strafarten, Stuttgart 1836, von Kapff. Dem absoluten Principe entspricht nach seiner Ansicht die Strafe als Abbüßung oder Expiation, dem relativen als Repression. Wir finden dieselbe in folgender Darstellung niedergelegt:

„Die wohlverstandene Vergeltungstheorie ist nicht diejenige, welche sich streng an die Parabel: „Auge um Auge" hält, sondern diejenige, welche überhaupt in dem Maaße wiedervergolten wissen will, in welchem verbrochen worden ist. Daraus folgt aber nicht, daß in der Strafe nichts als Wiedervergeltung zu sehen und diese als einziger Zweck der

Strafe zu betrachten sei. Vielmehr hat die Strafe eine gedoppelte Beziehung. Einmal wird nämlich durch das Verbrechen das Rechtsgesetz verletzt. Das hierdurch begangene Unrecht wird vermittelst der Strafe ausgeglichen, und der Beleidigte sowohl, als die bürgerliche Gesellschaft erhält durch dieselbe die gebührende Genugthuung. In dieser Beziehung ist die Strafe Abbüßung, Expiation, oder auch Strafe im engeren Sinne. Sodann ermuthigt das Verbrechen, so lange es nicht bestraft wird, zu weiteren Verbrechen, und zwar sowohl den Verbrecher selbst, als andere Gleichgesinnte. Dieser Reiz soll durch die Strafe aufgehoben und dem Fortschreiten des Verbrechens soll Einhalt gethan werden. In dieser Beziehung ist die Strafe Repression. Die Strafe wird also verhängt sowohl wegen der Vergangenheit (quia peccatum est), als wegen der Zukunft (ne peccetur). Durch die Abbüßung sollen die bereits eingetretenen (moralischen) Folgen des Verbrechens aufgehoben, durch die Repression soll den weitern Folgen des Verbrechens vorgebeugt werden. Somit wäre die Strafe eine Reaction gegen die moralischen Wirkungen des Verbrechens, und insofern man dieselbe in ihrer expiatorischen Eigenschaft betrachtet, kann man sie auch Wiedervergeltung nennen, indem man unter Wiedervergeltung Erwiederung zur Abbüßung versteht.

Was den Rechtsgrund der Wiedervergeltung betrifft, so kann man sich deßhalb nur auf das, dem Menschen angeborne, Rechtsgefühl berufen, welches ihm sagt, daß er so, wie er den Andern behandle, auch verdiene von diesem behandelt zu werden. Leugnet man die Rechtmäßigkeit der Wiedervergeltung, so sagt man damit, daß es Jedem freistehe, die Rechte Anderer ungestraft zu verletzen, was ungereimt ist, weil es gegen das Princip der Gleichheit anstößt, welches die Grundlage des Rechtes bildet." Eine Behauptung, die von keinem Anhänger der relativen Theorie, aber auch nicht einmal von denjenigen, welche sich zum absoluten

Systeme bekennen, zugegeben werden wird, wenn sie nicht mit von Kapff das Rechtsgefühl als Fundament der Strafe anerkennen.

„Um die Strafe der Repression zu rechtfertigen, muß gezeigt werden, daß in dem Verbrechen, wenn es nicht gestraft werde, der Keim von weiteren Verbrechen liege und daß die Strafe geeignet sei, diesen Keim zu ersticken, oder mit andern Worten: dem Fortschritte des Verbrechens Einhalt zu thun."

Nicht mit Unrecht hat Henrici S. 226 über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips darauf aufmerksam gemacht, daß von Kapff den doppelten Zweck der Strafe aus dem vorhandenen Begriff derselben ableiten und gleichsam herausfinden will, während sie als das Bedingte erst als nothwendig nachgewiesen werden müsse, und daß das dem Menschen angeborne Rechtsgefühl nicht, wie von Kapff annimmt, eine veredelte Rache sein könne — „Sondert man von der Rache das, was sie Verwerfliches hat, so ist sie die verdiente Erwiederung eines erlittenen Unrechts, und in dieser geläuterten Gestalt tritt sie als Strafe hervor, welche die Staatsgewalt gegen den Urheber des Unrechts verhängt." — weil das Characteristische der Rache verloren gehe, wenn sie von einer unbetheiligten Person, dem Staate, ausgeübt werde, weil dieser ohne Leidenschaft, ohne Lust an der Vergeltung straft. Demnach kann die Strafe wohl als die vom Verbrecher verdiente Erwiederung eines von dem Objecte seiner Thätigkeit erlittenen Unrechts, keineswegs aber als Rache angesehen werden. Was nun aber namentlich die beiden verbundenen Principien der Expiation — welche freilich von der Wiedervergeltung im gewöhnlichen Sinne sehr weit verschieden ist — und der Repression betrifft, so muß jene, als von dem moralischen Gesichtspunkte ausgehend, in allen den Fällen eine allzugroße Milde in der Strafbestimmung, wo nicht gänzliche Straflosigkeit, mit sich führen, in

welchen der verbrecherischen Handlung eine moralische Triebfeder zu Grunde gelegen hat, während die Repression die unerwiesene Thatsache voraussetzt, daß ein Verbrechen nothwendig wieder Verbrechen zur Folge habe und daß diesen Folgen nicht auf andere gelindere Weise vorgebeugt werden könne. Ja wenn man, wie dieß nicht anders geschehen darf, bei der nächsten Erfahrung stehen bleibt, so erweist sich die Strafe als ein höchst unsicheres und trügerisches Mittel zur Sicherung vor künftigen Verbrechen und Erstickung der aufkeimenden gesetzwidrigen Neigungen. Keine Strafe außer der Tödtung gewährt gegen Wiederholung gleicher Verbrechen absolute Sicherheit. Schließlich muß noch bemerkt werden, daß sich von Kapff manche Inconsequenzen hat zu Schulden kommen lassen; während er z. B. behauptet, daß beide von ihm angenommenen Principe zu demselben Maaßstab der Strafe führen und für denselben hinreichen, gibt er an einer andern Stelle wieder zu, daß die Expiation unter Umständen auch zu mildern oder härtern Strafen führen müsse, als die Repression, und nennt er als Grund der Annahme zweier Strafzwecke, daß dadurch die Vollziehung der Strafe gesichert werde, wonach man freilich, um ganz sicher zu gehen, zu einer noch größern Anzahl geführt werden könnte.

Henrici.

3) Henrici: Ueber die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips, 3. Aufl., Braunschweig 1844, hat ebenfalls und mit vieler Wärme versucht, das relative mit dem absoluten Principe zu verbinden, und deducirt das Strafrecht S. 11 ff. also:

„§. 17. In dem geselligen Verkehre der Menschen treffen nicht allein deren Wünsche und Entwürfe öfter feindselig mit dem Eigennutze, mit den Entwürfen und Lüsten anderer Menschen zusammen, sondern auch jene wichtigern materiellen Bedingnisse seiner Sittlichkeit sind hier bei Weitem nicht immer gegen die größten Gefahren gesichert.

§. 18. Die Vernunft befiehlt aber die Erhaltung jener Bedingnisse; denn an sie ist die ganze Vervollkommnung des Menschen, das Bestehen seiner sittlichen Würde gebunden.

§. 19. Wenn ein gewisser Zweck nach einem absoluten Gebote der Vernunft erreicht werden soll: so muß auch das einzige Mittel, welches in dem Bereiche des Menschenverkehrs zur Sicherung jener Bedingungen liegt, von ihr sanctionirt, d. h. für gültig oder praktisch nothwendig erklärt werden.

§. 20. Da nun die Vernunft im Kampfe gegen die Lüste und Wünsche anderer Menschen, bei der mächtigen, oft vorherrschenden Sinnlichkeit derselben, mit ihrem bloßen Gebote des Sollens nicht ausreicht: so bleibt ihr zur Sicherung jener Bedingnisse kein weiteres Mittel, als das physische Müssen, als die Gewalt übrig.

§. 21. Diese Gewalt muß nicht bloß zuvorkommend (die Verletzung jener Bedingnisse verhindernd), sondern auch nachwirkend (durch erzwungenen Ersatz des verletzten Objects) sein.

§. 22. Als das einzige Mittel zur Sicherung jener Objecte ist dieser Zwang zugleich die einzige Bedingung eines geregelten Zusammenlebens der Menschen, und als eine Gewalt, welche durchaus nicht die ganze Handlungsweise der Menschen beschränken, sondern sie nur zum Unterlassen aller Verletzungen jener Objecte nöthigen soll, ist er kein Eingriff in die wahre Freiheit eines Vernunftwesens.

§. 23. So wird im gegenseitigen menschlichen Verkehre ein wirklicher Zwang gegen jene Verletzungen begründet, und die Wissenschaft der sämmtlichen Befugnisse, auf welche sich dieser Zwang anwenden läßt, heißt die Rechtswissenschaft, und dieser Zwang wird ein rechtlicher heißen.

§. 24. Doch darf dieser Zwang nur so weit gehen, als er hinreicht, das Einzelwesen gegen jene Beeinträchtigungen zu sichern; denn sonst würde er selbst zu einer solchen Verletzung, d. h. zu einem Unrechte, oder einem rechtlichen Vergehen werden.

§. 25. Als die einzigen und wesentlichsten Bedingnisse einer moralischen Wirksamkeit und Veredlung, werden jene Rechtsobjecte zu hohen Menschengütern, und sind für das Einzelwesen ebenso unveräußerlich, als für Andere unverletzbar.

§. 26. Mit dieser Unveräußerlichkeit in Hinsicht auf das Ganze kann es sehr wohl bestehen, daß der Mensch einzelne Theile der unwichtigern Rechtsgüter veräußern darf, um die wichtigern zu retten uud zu sichern." — Darin möchte doch wohl ein Widerspruch liegen. — „Auf dieser Befugniß beruhet das Recht zu Verträgen.

§. 35. Da der Mensch aber von seinen Mitmenschen nur zu oft mit der Beeinträchtigung seiner Rechte überrascht, da er bald in seiner Abwesenheit an seinen Rechten (an seinem Eigenthume, seiner Ehre) verletzt, bald in seiner Gegenwart unvermerkt durch Betrug überschlichen, bald durch eine höhere physische Stärke in der Anwendung seiner Gewalt gelähmt wird, und da also tausend oder Millionen Rechtsverletzungen geschehen würden, die er weder vorhersehen, noch abwenden kann, so wird er zugleich zu einigen Zwangs- oder Nöthigungs-Mitteln berechtigt, welche schon im Voraus die Neigung Anderer zu Angriffen auf seine Rechte bekämpfen und ihn dadurch möglichst vor künftigen Rechtsverletzungen sichern.

§. 36. Als die einzigen Mittel dieser Art bewähren sich theils eine gewisse Aufsicht auf alle Menschen, von welchen mit Wahrscheinlichkeit die Beeinträchtigung einiger Rechte zu fürchten ist, theils die Verknüpfung dieser Verletzung, wenn sie wirklich geschehen sein sollte, mit einem physischen Uebel: die Strafe. Noch allseitiger wird ein solches Mittel durch eine Verkündigung oder Androhung des Strafübels wirken. Nur durch diese Vorhaltung einer größeren Unlust, wie durch die wirkliche Vollziehung der Strafe, kann die Lust Anderer und des Rechtsverletzers selbst zu ähnlichen künftigen Beeinträchtigungen auf die kräftigste Art niedergedrückt werden.

§. 37. Bei diesem Strafverfahren wird es der Vernunft höchst wichtig, die Strafe nicht bloß als ein Mittel zur Verhütung vieler Rechtsverletzungen, sondern nach ihren ausgemachten Begriffen von Pflicht, von sittlicher Würde und bei der Verhängung des Strafübels über vernünftig sittliche Wesen (Personen) zugleich als ein Mittel zur Herstellung des Gleichgewichts zwischen Würdigkeit und Glückseligkeit anwenden zu können. Sie vereinigt daher ihre absoluten Forderungen mit jenen relativen, welche auf die Erhaltung des rechtlichen Zustandes dringen; sie erheischt die Strafe zugleich als eine Wiedervergeltung für jede Abweichung von dem Gebote des Rechts und stellt insofern für das Strafrecht auch das Princip der strengen Gerechtigkeit auf.

§. 38. Nur insofern beide Principien, das absolute und relative, einander bekräftigend, ergänzend und wieder beschränkend, bei dem Strafrechte zusammenwirken, kann die Vernunft bei der Handhabung dieses Rechts ihre volle Befriedigung finden.

§. 40. Nur im Staate kann die Aufsicht auf die meisten möglichen oder wahrscheinlichen Rechtsverletzungen durch die Polizei, und die erwähnte physische Nöthigung zur Unterlassung rechtlicher Vergehen, so wie eine gerechte Ahndung derselben durch den Gerichtshof des peinlichen Rechts auf eine genügende Weise ausgeführt werden. Jedes Einzelwesen muß daher, bei dem ersten Eintritte in den Staatsverein, sein Ur-Strafrecht an denselben abtreten."

Wenn nun zuvörderst der Begriff der Rechtsobjecte durch Henrici eine allzu große Beschränkung erlitten haben möchte, weil einestheils die Freiheit und Ehre nicht wohl zu den materiellen Menschengütern gezählt, anderntheils aber ebenso wenig die Unveräußerlichkeit des Eigenthums, das doch oft genug den Gegenstand von Rechtsverletzungen bildet, behauptet werden kann, so läßt sich auch die Annahme eines Urstrafrechts nicht rechtfertigen, weil das Recht der

Bestrafung selbst erst im Augenblicke einer erlittenen Verletzung entsteht und durch eine solche bedingt ist, ein solches eventuelles Recht aber, wie es hier angenommen werden müßte, mit Henrici's eigenen Worten nicht einmal in Einklang zu bringen sein würde. Freilich käme man am leichtesten über die Frage nach der Befugniß der Bestrafung hinaus, wenn man sie jedem Menschen ohne Weiteres mit der Geburt einräumte, indem sich mit weniger Schwierigkeit deren Uebergang an den Staat nachweisen läßt; allein Rechte setzen eine Beziehung mindestens zweier Subjecte voraus und müssen zugestanden sein, folglich wäre im Naturzustande nie, im Staate, befinde sich derselbe auch noch auf seiner ersten Entwickelungsstufe, nur dann von einem Urstrafrechte die Rede, wenn dieser seinen Angehörigen im Namen aller Uebrigen ein solches Zugeständniß macht, was aber um so weniger angenommen werden darf, weil die Abtretung des sogenannten Urstrafrechts an den Staat bei dem ersten Eintritt jedes Individui in denselben, also zu einer Zeit erfolgen soll, wo es selbst noch nicht als denkendes Wesen existiren würde. Ferner stehen Henrici alle Einwendungen, welche das Abschreckungsprincip gegen sich gelten lassen muß, entgegen, indem die gehörig verkündigte und angedrohte Strafe als Mittel zu Verhütung anderer Rechtsverletzungen dienen soll, was am Ende ebenso viel sagen will, als daß die Menschen durch die Strafe von Verübung anderer Verbrechen abgehalten und abgeschreckt werden sollen. „Nur" — wie sich unser Schriftsteller ausdrückt — „durch die Vorhaltung einer größern Unlust und durch die wirkliche Vollziehung der Strafe kann die Lust Anderer und des Rechtsverletzers selbst zu ähnlichen künftigen Beeinträchtigungen auf die kräftigste Art niedergedrückt werden." Das absolute Princip für sich hält Henrici für unzulänglich, weil es nur die objective Seite der verbrecherischen That berücksichtige, weil der Mensch als endliches Wesen nie ganz die wahre Verschuldung eines Uebelthäters zu bemessen

vermöge und sich deßhalb die Bestrafung der moralischen Verschuldung nicht anmaßen dürfe. Ferner sei das absolute Princip als moralischer Grundsatz zu weit für eine Rechtswissenschaft, in seiner ganzen Härte und Folgerechtheit durchgeführt, führe es zu Grausamkeiten, es müsse nach ihm das Gute eben so belohnt, als das Böse bestraft werden, es führe, weil nach ihm die bloße Gesinnung gestraft werden müsse, zur Gewissensrichterei, es sei nur die Sache der Allwissenheit, für moralische Sünden und Verschuldungen auch genau anpassende Strafen zu finden, jede Gerechtigkeits-Theorie bringe in das Strafrecht ein ganz neues Princip: die moralische Vergeltung, es lasse sich aber das Princip der Wiedervergeltung auf viele Verbrechen gar nicht anwenden. Auf diese Einwürfe läßt sich erwidern, daß eine Handlung nur in so weit in Betracht kommt, als sie zugleich der Idee des Rechtes oder den anerkannten Rechtsgesetzen widerspricht und resp. als strafbar bezeichnet worden ist, weßhalb z. B. die Gesinnung, da sie gegen das Recht nie verstoßen, auch nie bestraft werden kann, daß, wer zugeben wollte, daß der Mensch die wahre Verschuldung eines Verbrechers zu bemessen nicht im Stande wäre, im Voraus die Richtigkeit und Anwendbarkeit eines jeden Strafrechtsprincips negiren, mithin auch das Henrici'sche System selbst verwerfen, oder aber zugeben müßte, daß es nicht gerade auf Ausmittelung der Verschuldung des Verbrechers ankomme; abgesehen davon, daß nach dem hier in Rede stehenden dualistischen Systeme die Größe der Bestrafung oft nur vom Zufall abhängig ist, je nachdem nämlich mehr Thatsachen und Facta über die Verschuldung oder Bosheit eines Verbrechers vorliegen, oder nicht. Dazu kommt aber noch, daß, da der angenommenen Voraussetzung zufolge der Grad der moralischen Verschuldung nie mit Gewißheit ermittelt werden kann, das relative Princip bei jedem Verbrechen zur Anwendung kommen müßte, daß ebenso wenig Grund vorhanden wäre, es

dann auszuschließen, wenn Gewißheit der Schuld vorläge, wodurch jedenfalls größere Einheit in der Strafbestimmung erzielt werden würde, und daß die Gerechtigkeit nicht als mit der Wiedervergeltung als solcher, am wenigsten mit der materiellen Talion übereinstimmend gedacht werden muß. Eine weitere Beleuchtung und Kritik findet sich in Hepp's Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme 1. Abtheilung §. 63—77, 2. Aufl., Heidelberg 1843, in welcher nach Angabe der Bedenken und Zweifel gegen das Princip der Abschreckung durch das Strafgesetz S. 307 sehr richtig hervorgehoben wird, daß in derselben die gehörige Berücksichtigung des, nach dem angenommenen Dualismus freilich schwierig zu bestimmenden, Umfangs des Strafgebietes vermißt werde.

Bauer, welcher die zweite Auflage der Henrici'schen Schrift: Ueber die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips, in den Göttingischen gelehrten Anzeigen vom Februar 1842, Stück 19. 20, S. 186—192 recensirt hat, spricht sich als Anhänger des relativen Princips dahin aus:

1) Die angebliche Unzulänglichkeit einer jeden relativen Theorie enthalte eine nicht begründete Voraussetzung.

2) Um das absolute Princip oder die Wiedervergeltung mit dem relativen verbinden zu können, müßte vor allen Dingen dessen Realität und Wahrheit nachgewiesen werden; dieser unerläßlichen Forderung habe aber der Verfasser so wenig genügt, daß er solches nicht einmal versucht habe.

3) Eine Vereinigung, Zusammensetzung und Vermischung zweier oder mehrerer einfacher Straftheorieen sei überhaupt nicht thunlich und jedes syncretistische System ebenso unhaltbar als unbrauchbar.

Was den ersten Einwand anlangt, so ist derselbe auch in der dritten Auflage nicht vollständig beseitigt worden, weil Henrici den Nachweis der Unzulänglichkeit des relativen Princips auf dasjenige relative System beschränkt, welches die

Abwehrung Aller von Rechtsverletzungen zur eigentlichen Aufgabe des Strafrechts erhebt (vergl. S. 84 des Henrici-schen Werkes), mithin andere, wie z. B. die Besserungs-, Präventions- und Selbsterhaltungstheorie des Staats unberücksichtigt läßt, und auch insofern das thema probandum nicht vollständig erschöpft, als er diejenigen Zwecke der Strafe, welche ihm, wie z. B. die Besserung des Sträflings, als bloße Nebenzwecke erscheinen, von dem Felde seiner Untersuchung ausschließt. Die zweite oben erwähnte Bemerkung Bauer's erledigt sich durch die in der dritten Auflage S. 127 ff. enthaltene Ausführung, in der Henrici das Vorhandensein des absoluten Princips und dessen Nothwendigkeit auf dem Wege der Speculation, so wie auf dem der Geschichte und Erfahrung, zu deduciren sucht, während in Ansehung der von Bauer behaupteten Unhaltbarkeit und Unbrauchbarkeit eines syncretistischen Systems auf diejenigen Bemerkungen verwiesen werden muß, welche der Beleuchtung der einzelnen gemischten Theorieen vorausgeschickt worden sind.

Mittermaier.

4) In meines verehrten Lehrers Mittermaier's Theorie kündigt sich, wie in seinem ganzen Wesen, eine große Milde und Humanität an. Er spricht sich über unser Thema in der 13. Ausgabe des Feuerbach'schen Lehrbuchs des gemeinen peinlichen Rechtes, Gießen 1840, §. 20 S. 42 ff. dahin aus:

„Die wahre Theorie des Strafrechts kann nur davon ausgehen, daß die Staatsgewalt zur Anwendung aller Mittel berechtigt ist, welche zur Erreichung des Staatszwecks dienen, jedoch nur unter der Bedingung der Nothwendigkeit des anzuwendenden Mittels. Das Mittel der Strafe ist das äußerste, welches nur Anwendung finden darf, wenn durch andere, dem Staate zustehende, geringere Mittel der Zweck nicht ebenso sicher erreicht werden kann. In der Strafe liegen nun verschiedene Merkmale, welche ihre Wirksamkeit, und zwar

sowohl die der Drohung, als die der Zufügung, bestimmen und von dem Gesetzgeber passend zur Erreichung seines Zweckes benutzt werden. Die Rechtfertigung der Anwendung der Strafe liegt darnach in ihrer Nothwendigkeit, aber auch in ihrer Gerechtigkeit, insofern die Größe der Strafe als ein, nach der Größe der Verschuldung verdientes, Uebel erscheint, und auf Wirksamkeit nur rechnen kann, insofern sie eine gerechte Strafe ist. Darnach kann man sagen, daß, richtig verstanden, das Gerechtigkeits- und das Klugheits-Princip (d. h. das relative) nicht mit einander im Widerspruche sind. Das Gerechtigkeitsprincip will die Strafe nicht bloß als ein Mittel der Vergeltung oder Ausgleichung anwenden; es geht nicht von einem absoluten Maßstabe der Strafe aus, so daß eine bestimmte Größe derselben unter allen Verhältnissen einem gewissen Verbrechen correspondiren sollte; es fordert auch nicht, daß das Verbrechen mit einer bestimmten Größe von Strafe bedroht werden müsse. Das Gerechtigkeitsprincip bezeichnet vielmehr dem Staate den Grundsatz, daß er nur strafen darf, wo die Strafe nothwendig ist, und nur so weit, als die Größe des verübten Verbrechens die Strafanwendung rechtfertigt. Dabei entscheidet aber die Grundrücksicht, daß in jedem Staate die Erreichung seines Zweckes nach den besondern Verhältnissen und Bedürfnissen dieses Staates seine Wirksamkeit bestimmt. Das Gerechtigkeitsprincip bezeichnet demnach die Grenze, bis zu welcher der Gesetzgeber bei der Strafdrohung gehen darf, berücksichtigt aber sowohl bei der Frage: was als Verbrechen bestraft werden darf, als auch bei der Drohung des Strafmaaßes, innerhalb der von der Gerechtigkeit gezogenen Grenzen, die besondern Verhältnisse und Bedürfnisse eines Staats, und verbindet damit überall das Bestreben, die Moral nicht zu verletzen. In diesem Sinne muß auch ein Strafgesetzbuch, das auf Wirksamkeit rechnen will, auf das Princip der Gerechtigkeit gebaut werden."

Wenn wir nun auch davon absehen wollen, daß der als Schriftsteller und als Universitätslehrer um Civil- und Criminal-Recht gleich verdiente vorerwähnte Schriftsteller durch seine Deduction des Strafrechts nicht ganz unbegründete Zweifel veranlaßt hat, ob er wirklich als Anhänger und Vertheidiger eines dualistischen Systems zu betrachten ist, oder ob er dem Gerechtigkeits- oder dem relativen Principe huldige und dem einen oder andern nur einen Einfluß bei der Strafdrohung und Strafzufügung gestatte, wenn wir ferner auch zugeben wollen, daß die Strafe ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Staatszweckes ist, so werden wir doch andererseits wider unsern Willen durch Mittermaier auf einen Standpunkt geführt, welcher uns die Frage: woher der Staat das Recht der Bestrafung besitze? ganz vergessen läßt, indem er voraussetzt, daß der Staat zur Anwendung aller Mittel, welche zur Erreichung seiner Zwecke dienen, berechtigt sein müsse. Eine solche Berechtigung muß doch der Staat erst irgend wie erlangen, denn geschehe dieß durch seine Constituirung selbst, so bedürfte es deren Begründung überhaupt nicht, weil mit der Erlangung des Strafrechts nothwendig auch dessen Grenzen gegeben sein müßten. Deßhalb liegt auch die Rechtfertigung der Anwendung der Strafe im Staate nicht etwa in ihrer Nothwendigkeit und Gerechtigkeit, sondern in der von der Theilnahme an einem Staate untrennbaren Anerkenntniß des Verbrechers der im Staate geltenden (mit der Idee des Rechts übereinstimmen sollenden) Strafgesetze, und hierauf geht auch die Vertheidigung eines jeden Verbrechers allein hinaus, indem sich der zu Bestrafende nachzuweisen bemüht, daß eine gewisse Strafe entweder an sich einem gewissen Verbrechen oder der in demselben liegenden Verschuldung nicht entspreche, oder daß er — der zu Bestrafende — ein Verbrechen überhaupt nicht verübt habe und deßhalb nach der Gerechtigkeit ganz straflos sei; nie wird er seine Vertheidigung dahin richten, daß eine

bestimmte Strafe in concreto nicht nothwendig sei. Sodann läßt aber auch Mittermaier, indem er, unvermerkt dem relativen Principe folgend, der Gerechtigkeit eine mehr negative Stellung anweist, die Frage nach dem Rechte des außer der Staatsverbindung lebenden Individui zur Bestrafung unerörtert, die um so wichtiger erscheint, weil der ungesellige, unstaatliche Zustand jedenfalls der frühere gewesen ist, von dem man ausgehen muß, ehe man auf das Verhältniß der Strafe im Staate übergehen kann, während derselbe das Gerechtigkeitsprincip, seiner Theorie consequent, dahin beschränkt hat, daß sie den Staat nur zur Strafzufügung ermächtige — nicht verpflichte, — weil eine Verpflichtung erst durch die Nothwendigkeit, oder den Mangel anderer milderer Mittel entstände. Wir können dem freilich nicht beistimmen, weil uns, abgesehen von der Willkür, welche ein solches, mit der Criminal-Politik nicht zu verwechselndes, Recht der Bestrafung eines Staatsangehörigen im Gefolge haben kann, die Nothwendigkeit, ohne jedoch solche auf den Staat oder dessen Zwecke zu beziehen, in der Realisirung der unabweisbaren Rechtsidee liegt, mithin mit dieser zusammenfällt. Vergl. auch die Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslandes, Theil 9, S. 200 ff., und Hepp's mehr belobte Schrift I. Abth., §. 60—62, S. 267—282, worin auf die Collisionen und Widersprüche aufmerksam gemacht wird, in welche man nach Mittermaier gerathen könnte.

von Preuschen.

5) von Preuschen verbindet ebenfalls das Absolute, die Idee der Gerechtigkeit, mit dem Relativen, der Erhaltung des rechtlichen Zustands. Er sagt in seinem Versuche über die Begründung des Strafrechts, Darmstadt 1835, S. 37:

„Die Strafe kann nur insofern gerechtfertigt werden, als sie erstlich durch ein in der Vergangenheit liegendes Verschulden nach dem Maaßstabe einer gerechten Vergeltung

verdient ist, zweitens als sie nothwendig erscheint, um die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten." S. 40: „Da nun gerade der wichtigste Existenzgrund des Staates Aufrechterhaltung des Rechtes ist, so muß ihm die Befugniß zustehen, die Idee der Gerechtigkeit in der Art zu verwirklichen, daß er die nachtheiligen Folgen einer rechtswidrigen Handlung auf den Handelnden nach dem Grade seiner Verschuldung zurückwirken läßt." S. 43: „Das Strafrecht des Staates beruht auf dem Grundsatze: 1) Jeder Mensch als vernünftiges Wesen trägt in sich das Bewußtsein, daß er in die Rechte Anderer nicht eingreifen darf, daß er sich sonst einen Eingriff in seine eigenen Rechte mit gleichem Rechte gefallen lassen muß. 2) Indessen lassen sich die wenigsten Menschen durch die inwohnende Idee der Gerechtigkeit leiten; durch Sinnlichkeit und Leidenschaft angetrieben, werden sie theils absichtlich in die Rechte Anderer eingreifen, theils die nöthige Aufmerksamkeit nicht anwenden, um nicht unabsichtlich die Rechte Anderer zu verletzen, weil sie wissen, daß dieses ohne alle nachtheiligen Folgen auf sie selbst bliebe. Ein rechtlicher Zustand wäre unter solchen Verhältnissen nicht denkbar, und die Gerechtigkeit würde daher nur in der Idee, nicht in der Wirklichkeit existiren. 3) Dem Staate, dessen Hauptgrund seiner Existenz Aufrechterhaltung des Rechtes ist, muß daher die Befugniß zustehen, daß er die nachtheiligen Folgen einer rechtswidrigen Handlung nach dem Grade der Verschuldung auf den Handelnden selbst zurückwirken läßt; dieß geschieht durch Zufügung eines Uebels (Strafe) auf den Handelnden."

Jedenfalls setzt dabei von Preuschen das Recht der Bestrafung voraus, weil die Strafe durch die vorausgegangene Verschuldung bereits verdient sein soll und es ihm nur darauf ankommt, die Größe der Strafe zu bestimmen und die Befugniß des Staates zu deren Ausübung nachzuweisen. Damit kann man sich aber unmöglich begnügen, denn einmal würde daraus umgekehrt gefolgert werden müssen, daß im

ungeselligen Zustande das Recht der Bestrafung entweder gar nicht, oder für alle Individuen zugleich, resp. für jeden Einzelnen, entstände, je nachdem man annehmen wollte, daß die Realisirung der Rechtsidee mit zu den wichtigsten Existenzgründen des Menschen gehöre, oder nicht, sodann ist es aber auch lediglich Sache der Empirie, ob durch die Executirung der Strafe die Rechtsordnung aufrecht erhalten wird. Nur das kann a priori behauptet werden, daß sie der Idee des Rechts entspreche, oder daß durch ihre richtige Anwendung die Idee des Rechtes realisirt werde. Dasselbe gilt nun auch von dem Nachsatze, daß dem Staate die Befugniß zustehen müsse, die Idee der Gerechtigkeit in der Art zu verwirklichen, daß er die nachtheiligen Folgen einer rechtswidrigen Handlung auf den Handelnden zurückwirken lasse, denn die Strafe wird erst dann zur Folge eines Verbrechens, wenn ihre Existenz gerechtfertigt, und wenn sie demgemäß im Staate oder durch sonstige Uebereinkunft bestimmt ist. Ja endlich liegt auch, wie Henrici S. 208 seiner mehrerwähnten Schrift richtig bemerkt, darin eine petitio principii, daß die Strafe eine gerechte Vergeltung der Verschuldung genannt werde, während und bevor sie erst in dem Verdientsein ihre Begründung und Rechtfertigung gefunden habe.

Möhl.

6) Möhl, dessen System von Hepp den absoluten Strafrechtstheorieen als moralische Vergeltungs- und Besserungstheorie hinzugerechnet wird, indem es die Besserung nur als vermittelndes Princip für die Art und den Grad der moralischen Vergeltungsstrafe anerkenne, möchte doch hier unter den gemischten Theorieen passender seine Stelle finden.

„Aus dem Zwecke des Staates — so lauten Möhl's Worte in seinem Werke über den Zweck der Strafe, Heidelberg und Leipzig 1837, — folgt von selbst sowohl das Recht des Staates, zu strafen, als der Zweck, welcher durch

die Strafe erreicht werden soll. Ist Beförderung der moralischen Vervollkommnung der Menschen Zweck des Staats, so müssen dem Staate alle zur Erreichung dieses Zweckes dienlichen Mittel zu Gebote stehen. Diese sind theils Mittel der Güte (Erziehung), theils Mittel des Zwangs (Strafe). Der Staat hat vermöge seines Zwecks die Pflicht, den Menschen selbst mit Gewalt zum Guten zu zwingen, ihn, wenn er gefehlt hat, zurechtzuweisen, und wenn er moralisch verdorben ist, zu bessern. Die Strafe, als das Mittel, den Menschen mittelst Zwangs zum Guten zu vermögen, kann daher nichts Anderes als Besserung zum Zweck haben; die moralische Häßlichkeit des Menschen soll durch dieselbe aufgehoben werden, der moralisch böse Mensch zum moralisch guten umgewandelt werden. Man sollte daher richtiger von einer Pflicht des Staates, als von einem Rechte desselben reden; jedenfalls ist das Recht nur aus der Pflicht abgeleitet."

Was der aus dem Verhältnisse der Strafe zum Staate und dessen Zweck entlehnten Rechtfertigung derselben bei dem von Preuschen'schen Systeme so eben entgegengesetzt worden ist, muß mit dem Bemerken hier wiederholt werden, daß wir auf dem eingeschlagenen Wege leicht zu einem höchst gefährlichen Absolutismus geführt werden würden, der sehr viel Schein für sich hat und namentlich in neuester Zeit durch Wippermann, Beiträge zum Staatsrechte, I. Beitrag, Göttingen 1844, adoptirt worden ist. Wer ihm huldigt, für den ist alle Begründung des Strafrechts überflüssig, dennoch wäre er aber — da die Strafe wenigstens als Mittel betrachtet wird, — des Nachweises nicht überhoben, daß die Strafe das einzige, oder wenigstens zweckmäßigste Mittel zur Erreichung der religiösen Ausbildung des Volkes — worin Möhl den Hauptzweck des Staates erblickt — sei. Denn wäre dies nicht der Fall, so müßte der Staat die Besserung auf dem anderen kürzeren Wege zu erreichen suchen, wiewohl er auch solchenfalls auf den durch den doppelten Gesichtspunkt

der moralischen Vergeltung und Besserung veranlaßten oder wenigstens möglichen Widerspruch bei der Strafzumessung stoßen wird. Und was namentlich den mit Unrecht vom Grunde der Strafe getrennten Zweck derselben, die Besserung, betrifft, so wird hier der Kürze halber auf die Kritik der Besserungstheorie und die dort gemachten Einwendungen und aufgestellten Bedenken gegen die Durchführung des Besserungsprincips, deren theilweise Widerlegung Möhl in obiger Schrift versucht hat, verwiesen, so wie denn auch auf das, was gegen die Henke'sche Theorie, welche mit der Möhl'schen große Verwandtschaft hat, erinnert worden, Bezug genommen werden soll. Daß aber Möhl zu weit geht, wenn er dem Staate die Pflicht auferlegt, den Menschen selbst mit Gewalt zum Guten zu zwingen, ihn, wenn er moralisch verdorben ist, zu bessern, den moralisch bösen Menschen zum moralisch guten umzuwandeln und die moralische Häßlichkeit des Menschen durch die Strafe aufzuheben, folgt daraus, daß sich diese bekanntlich auf das Gebiet des Rechtes zu beschränken, mithin auf unmoralische Handlungen als solche keinen Bezug hat, und daß die moralische Besserung des Verbrechers zwar erleichtert, nicht aber durch den Staat, oder wer immer zur Bestrafung berechtigt sein mag, nur mit einiger Sicherheit bewirkt oder erkannt werden kann, weil sie ein Act der innern Freiheit des Menschen ist. Endlich werden nach Möhl alle Strafen auf Freiheitsberaubung beschränkt, was unter andern den Nachtheil hat, daß nach Verschiedenheit der Stände, Verhältnisse und des Vermögens bei scheinbar gleicher Beurtheilung leicht Ungerechtigkeiten entstehen, die durch Vertauschung mit andern Strafen füglich vermieden werden könnten.

Krug.

7) Krug betrachtet die Strafe als die Folge einer moralischen Ordnung der Dinge, nimmt jedoch zugleich mehrere

Zwecke der Bestrafung an, und setzt 1) den nächsten Zweck in die äußere Darstellung der Heiligkeit des Rechtsgesetzes, indem die Wahrnehmung der Strafe eine neue Verkündigung des Rechtsgesetzes enthalte. 2) Der entfernte Zweck bestehe in Sicherung des Rechts durch die Strafe, als einen Zwang, der in Beziehung auf vergangene Beleidigungen ausgeübt wird, um künftige zu verhindern. Zu dem Ende soll die Strafe a) auf die Geneigtheit zu Rechtsverletzungen, und zwar theils hemmend durch Abschreckung, theils vernichtend durch Besserung, b) auf die Fähigkeit zu Rechtsverletzungen, ebenfalls theils hemmend durch Beschränkung der Freiheit, theils vernichtend durch Hinrichtung des Beleidigers, wirken. S. dessen philosophische Rechtslehre S. 222—230. Wäre, wie Krug behauptet, die Strafe wirklich die Folge einer moralischen Ordnung der Dinge und hätte sie deßhalb Grund und Quelle in derselben, so wäre ihre alleinige Beziehung auf das Rechtsgesetz undenkbar, weil Rechtsgrund und Zweck der Strafe zusammenfallen; es erweist sich mithin das Irrige der Verbindung des absoluten Princips mit dem relativen, wie sie Krug angenommen hat. S. auch Heffter's Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts §. 4, 7, 109 und 114, in welchem Luden ebenfalls die Principien einer gemischten Theorie ausgesprochen findet.

Welcker.

8) Welcker verbindet nach seiner Schrift: Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen 1813, S. 265 ff. folgende 7 Strafzwecke:

„1) moralische, 2) politische Besserung des Verbrechers, 3) Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Mitbürger gegen ihn, 4) Wiederherstellung der rechtlichen Willensbestimmung bei den Bürgern überhaupt, ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts, 5) Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten, 6) Wiederher-

stellung seiner rechtlichen Willensbestimmung und 7) Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede," ist aber auch zugleich der Ansicht, „daß alle diese verschiedenen Zwecke ihre Vereinigung und ihren Rechtsgrund in dem Einen Grundgedanken der Aufhebung des durch die Schuld des Verbrechers bestehenden intellectuellen Schadens oder Mangels des rechtlichen Willens und seines Princips finden. Kein bloß politischer Zweck, sagt er, sondern unmittelbar die Idee der Gerechtigkeit und ihre erste Forderung, die Vernichtung des Ungerechten, steht an der Spitze dieses Strafrechts. Nie fällt der Mensch als bloßes Mittel für fremden Zweck, sondern als Opfer seiner eigenen Schuld und der Gerechtigkeit, mit welcher er versöhnt werden soll. Es wird nicht der Mensch, sondern seine böse That gestraft und vernichtet."

Es ist uns zwar nicht unbekannt, daß Welcker nicht nur von Andern gegen den Vorwurf eines syncretistischen Verfahrens vertheidigt worden ist, sondern auch sich selbst auf das Bestimmteste dagegen erklärt hat [1]), wie er sich aber über die Begründung des Strafrechts in der oben genannten Schrift, so wie in seiner Encyclopädie I. Bd. S. 115 ausgesprochen hat, so würden wir uns Zwang anthun müssen, ihn zu den Anhängern der einfachen Strafrechtstheorieen zu rechnen. Daß er die verschiedenen Strafzwecke nicht als so wesentlich betrachtet hat, daß eine jede Strafe nothwendig geeignet sein müßte, zur Erreichung aller dieser Zwecke zu führen, dieß hat er schon durch Zulassung der Todesstrafe kundgegeben, durch die eine Besserung des Verbrechers, sei dieß die moralische oder politische, nun und nimmermehr bewirkt werden kann, weil mit der Vernichtung der physischen Existenz die ganze Wirksamkeit und die Persönlichkeit jedes

[1]) Welcker, die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Method. Th. I., Stuttg. 1829, Vorrede S. 33.

Individui aufhört und sich insofern ein Getrenntsein des Körpers von dem unvergänglichen Geiste auf Erden als etwas Unmögliches darstellt. Er hat es aber auch geradezu zugestanden, indem er will, daß der Staat, wenn Collisionen verschiedener Strafzwecke entstehen sollten, dem ihm zugefügten wichtigsten Schaden den geringern insoweit nachsetzen soll. Und es muß deßhalb das absolute Princip um so mehr als in seiner Theorie mit enthalten betrachtet werden, als er zum eigentlichen und alleinigen Rechtsgrund die Aufhebung des durch die Schuld des Verbrechers bestehenden intellectuellen Schadens oder Mangels des rechtlichen Willens und seines Princips annimmt und die Idee der Gerechtigkeit und deren erste Forderung, die Vernichtung des Ungerechten, an die Spitze des Strafrechts stellt. Dagegen läßt sich denn auch von unserm Standpunkte weiter nichts einwenden, als daß wir von Welcker unvermerkt in den Staat versetzt werden, weil jeder durch ein Verbrechen entstandene Schaden, wenn auch nur mittelbar, dem Staate zugefügt worden sein soll, während es doch gar keinen Zweifel leiden kann, daß auch im unsocialen Zustande Verbrechen begangen und bestraft werden können. Wäre aber umgekehrt der durch das Verbrechen entstehende intellectuelle Schaden, oder die Verletzung der Idee der Gerechtigkeit hinreichend, um das Recht zur Bestrafung zu bewirken, so müßte es eben so gut im Naturzustande, als im Staate, dem Verletzten gestattet sein, den Verletzenden zu bestrafen, was weder von Welcker, noch von unserm Gesichtspunkte, der nun einmal davon ausgeht, daß jedem Rechte eine Uebereinkunft, oder wenigstens ein Zugeständniß zu Grunde liegen muß, zugegeben werden kann. Was nun aber die einzelnen Strafzwecke insbesondere betrifft, so ist über die Besserung auf das, was über das Lucas'sche System gesagt werden soll, zu verweisen; willkürlich ist aber jedenfalls die Beschränkung der Verletzungen der Moralität auf die objectiv unrechtlichen Handlungen, wodurch sich

Welcker gegen die Folgerung zu schützen suchte, daß auch unmoralische, der Rechtsidee nicht widersprechende Handlungen, oder wohl gar die bloße Gesinnung zu bestrafen sei, wenn sie der Moral zuwiderlaufen. Denn sind nicht tausenderlei Verletzungen der Moral denkbar, die mit einem Rechtsverhältnisse nicht in Verbindung stehen? Daß die Achtung und das Zutrauen der Mitbürger eines Verbrechers gegen ihn durch die Strafe wiederhergestellt werde, scheint um so unwahrscheinlicher, oder wenigstens zweifelhafter, als sich der Verbrecher nicht etwa freiwillig der Strafe unterwirft, und demnach nicht etwa den ohnedieß noch trügerischen Beweis der eingetretenen Besserung gibt, sondern durch den Staat unnachsichtlich mit der Strafe verfolgt wird, der er in den allermeisten Fällen wo möglich zu entgehen sucht. Die beabsichtigte Wiederherstellung der rechtlichen Willensstimmung bei den Bürgern überhaupt, ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts, so wie die Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten insbesondere, enthält die irrige Voraussetzung, daß sich Jedermann lediglich durch die Strafe von Verbrechen abhalten lasse und mit dem Augenblick, wo dieses verübt worden, die Achtung des Rechts, wenn auch nur theilweise, verloren habe, während auf die Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten von dessen Seite jedenfalls Verzicht geleistet und dadurch die Pflicht des Staates zur Bestrafung aufgehoben werden könnte, und in der That der Beleidigte nicht einmal nothwendig in den Augen des Verbrechers, geschweige denn bei seinen übrigen Mitbürgern verloren haben muß. Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede aber wird nur durch die Todesstrafe mit Sicherheit erreicht werden können und insofern zu einem gänzlich falschen Maaßstabe der Strafe führen, als gerade die minder häufigen Verbrechen, wie z. B. Diebstahl, häufiger als die schwereren vorzukommen pflegen. Wo irgend, so möchte deßhalb allen

diesen von Welcker behaupteten Zwecken der Strafe kein anderer Einfluß, als auf die Qualität derselben zu gestatten sein, ihre Rechtfertigung liegt in der übereinkunftsmäßig zu bewirkenden Realisirung der Idee des Rechts. Sehr scharfsinnig und scharf wurde das Welcker'sche System in Bauer's Warnungstheorie, Göttingen 1830, S. 315 bis 321 kritisirt, in welcher namentlich darauf aufmerksam gemacht wird, daß unter den angegebenen Arten des intellectuellen Schadens, dessen Aufhebung durch die Strafe bezweckt wird, sich welche finden, die nicht unter den Begriff eines Schadens, sondern nur unter den einer Gefahr passen, wie die vom Verbrecher durch die That an den Tag gelegte Nichtachtung des Rechts, so wie seine Neigung zu Verbrechen.

Leyser.

9) Schließlich mag hier noch Leyser Erwähnung finden, der in seinen Meditation. ad Pand. sp. 649 m. 1, 2 und 4 folgende 6 Strafzwecke annimmt: 1) satisfactio laesi, 2) pensatio mali cum malo, 3) emendatio maleficii, 4) detractio virium nocendi, 5) terror aliorum, 6) incrementum aerarii alia reipublicae utilitas, und den Vorzug einer Strafe in die Erreichung möglichst vieler der angegebenen Zwecke setzt. Schon daraus, noch mehr aber aus dem Eingang der erwähnten meditatio: Poenae si generaliter spectentur juris naturalis sunt sine dubio. Nam recta ratio plures fines a magistratibus in puniendo respiciendos proponit, ersieht man, daß Leyser das Strafrecht als begründet voraussetzte und er durch seine Strafzwecke nur andeuten wollte, welche Principien bei Auswahl der Strafen, so wie allenfalls bei der Bestimmung ihrer Größe anzuwenden seien. Und wenn wir deshalb bei Leyser das absolute mit dem relativen Principe vereinigt finden, so mag dieß so lange auf sich beruhen, bis die Bedingung einer solchen Vereinigung, die Erwerbung des Rech-

tes zur Bestrafung, von einem Anhänger Leysers nachgewiesen werden wird, die nothwendig auf den wahren Zweck der Strafe führen muß.

Auch Wächter hat in seinem Lehrbuche des römisch-deutschen Strafrechtes, so wie in seinen Vorträgen zu denselben eine Theorie angenommen, welche, da sie die Erhaltung der Rechtsordnung mit steter Beziehung auf den Staat als Zweck der Strafe bezeichnet und diese unmittelbar als nothwendige Folge der Verletzung durch die Vernunft gerechtfertigt hält, sich sowohl auf das relative, als das absolute Princip stützt. Indem er davon ausgeht, daß das Rechtsgesetz ein Willensgesetz sei, welches von Jedem einen rechtlichen Willen verlangen dürfe und müsse, gelangt derselbe zu der gefährlichen Folgerung, daß das Fassen eines dem Gesetze widerstreitenden Willens an sich ein Unrecht, eine Rechtsverletzung sei, so wie er auch die schwierige Frage nach dem Rechte des Staates zur Bestrafung dadurch umgeht, daß er die Verpflichtung und Berechtigung desselben, den in jedem Verbrechen liegenden Widerstreit mit dem rechtlichen Zustande, oder das Unrecht selbst, aufzuheben, als unleugbar voraussetzt. Ueberdieß möchte aber auch eine solche Aufhebung oder Vernichtung des Unrechts und des unrechtlichen Willens des Verbrechers schwerlich im Begriffe der Strafe liegen, da das in die Vergangenheit gefallene Unrecht nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann und nach Wächter nur die Strafe sich als rechtlich erweisen würde, welche die Besserung des Verbrechers erwirkt. Dagegen ist nicht zu verkennen, daß diesen Criminalisten das löbliche Streben, seine Ansicht über die Begründung des Strafrechtes als vorzugsweise zur praktischen Anwendung geeignet darzustellen, geleitet hat.

Drittes Kapitel.

Von den relativen Theorieen des Strafrechts.

Im Gegensatz der sogenannten absoluten oder Gerechtigkeitstheorieen, nach denen man die Strafe als die verdiente, oder als an sich nothwendige Folge des verübten Verbrechens ansieht und den Rechtfertigungsgrund lediglich in der Idee der Gerechtigkeit erblickt, faßt man die relativen oder Nutzens-Theorieen theils so auf, daß man Alles darauf berechnet, durch die Strafe einen gewissen äußern Vortheil und Zweck zu erreichen, und darnach die Größe der Strafe bestimmt, oder daß man die Strafe speciell auf den Staat und den Staatszweck bezieht, dergestalt, daß die Rechtmäßigkeit der Strafgewalt des Staates überhaupt und die rechtlichen Grenzen dieser Gewalt in Beziehung auf den Staat und den Staatszweck nachzuweisen ist. Hepp, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme, II. Abth. 1. H., Heidelberg 1844, S. 1. Beide Auffassungsweisen werden zwar in fast allen relativen Theorieen Bestätigung finden, durchgreifender und selbst der Bezeichnung des Relativen oder des Nutzens entsprechender erscheint uns aber der erstere allgemeinere Gesichtspunkt, nach welchem die Strafe als ein geeignetes Mittel zu an sich erlaubten Zwecken, oder zu Erreichung eines gewissen Vortheils überhaupt betrachtet wird, sobald dieser nicht lediglich in der Realisirung der Rechtsidee besteht. So ist z. B. die Besserung nicht unbedingt von der Theilnahme am Staatsverbande abhängig. Diese Ansicht läßt sich nun auch bei der Theorie der Selbsterhaltung und der Nothwehr des Staates um so mehr consequent durchführen, als sie sich lediglich auf die bürgerliche, d. h. vom Staate zu verhängende, öffentliche, Strafe und nicht auf die Strafe im Allgemeinen beziehen und den Staat

selbst als nothwendige Bedingung des Strafinstituts voraussetzen, zugleich aber auch als dessen oberstes Ziel die dauernde Existenz des Staates betrachten. Sollten übrigens die Vertheidiger einer solchen Theorie die Bezeichnung als Utilitarier oder Anhänger der Nutzenstheorie unangemessen, ja vielleicht sogar einen Vorwurf darin finden, so scheint uns der Grund davon in einer verkehrten und falsch gesuchten Ehrliebe zu liegen, weil ihnen insgesammt von vorn herein zugestanden werden soll, daß sie durch und auf dem Wege des erzielten Nutzens noch etwas Höheres, d. i. ein gerechtes Verfahren in der Bestrafung, erstreben; nichts desto weniger dürfte aber dem von Hepp gewählten Ausdrucke der bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie um deßwillen nicht beizupflichten sein, weil derselbe eine Verwechselung mit der absoluten Theorie befürchten läßt und selbst die übrigen relativen, z. B. die Abschreckungs-, Präventions- und Besserungs-Theorie, die Bezeichnung der bürgerlichen Gerechtigkeit mit gleichem Grunde beanspruchen können. Zur Unterstützung der relativen Theorieen hat man sich wohl auf Platon's Ausspruch bei Seneca de ira c. 16 lib. I und cap. 31 lib. II berufen, wo er sagt: Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt; futura prohibentur; wogegen nur freilich zu erinnern ist, daß jedes wiederholte Verbrechen Zeugniß dafür ablegt, daß die frühere Strafe ihren Zweck verfehlt hat und daß nach der richtigen absoluten Theorie die im Verbrechen liegende Verletzung des Coexistenzialgesetzes nicht wieder aufgehoben oder ungeschehen gemacht werden soll, sondern daß sie als mit der Idee des Rechts im Widerspruch dargestellt und diese durch die Strafe als das einzige durch Uebereinkunft erlangte Mittel zur Geltung und Anerkennung gebracht und realisirt werden soll, wessen es eben nicht bedarf, wenn keine Rechtsverletzungen vorkommen. Einige wahre Bemerkungen, welche sich auf die Unhaltbarkeit der relativen Theorieen in

genere beziehen, enthält Luden's Handbuch §. 17. Folgende kurze Darstellung der wichtigsten relativen Theorieen wird ergeben, daß sie der Zahl nach den absoluten wenigstens nicht nachstehen.

Beccaria.

1) Beccaria, dessen Werk Dei delitti e delle pene, übersetzt von Hommel, Breslau 1778, um deßwillen so großes Aufsehen gemacht hat, weil er, einem lange gefühlten Bedürfnisse entsprechend, zuerst und am directesten die frühern Barbareien in der Criminalpolitik angriff, gestattet, unbekümmert um den außerstaatlichen Zustand, nur dem Oberhaupte im Staate ein Strafrecht, hergeleitet aus dem mit den einzelnen Bürgern abgeschlossenen Vertrage, wodurch sie sich eines Theiles ihrer Freiheit begeben und der demselben entsprechenden Pflicht, das anvertraute öffentliche Wohl wider die Eingriffe eines Jeden zu vertheidigen, und bedingt durch die Nothwendigkeit. Der Zweck der Strafe ist ihm die Abhaltung des Verbrechers von neuen Verletzungen der Rechte seiner Mitbürger und die Abschreckung aller Uebrigen von Verbrechen. Seine Worte lauten darüber: „§. 12. Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, nè di disfare un delitto già commesso. Può egli in un corpo politico, che, ben lungo di agire per passione, è il tranquillo moderatore delle passioni particolari, puo egli albergare questa inutile crudeltà, stromento del furore e del fanatismo, o dei deboli tiranni? Le strida di un in felice richiamano forse dal tempo, che non ritorna, le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro, che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque, e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto, che, serbata la proporzione, fara una impressione più efficace e più du-

revole sugli animi degli uonimi, e la meno tormentosa sul corpo del reo."

Den Zweck der Strafe anlangend, so wollen wir zur Vermeidung von Wiederholungen hauptsächlich auf die dem Fichte'schen und Feuerbach'schen Systeme beigefügten Bemerkungen Bezug nehmen, gewiß ist, daß die Berechtigung zur Bestrafung weder in der angeblich geschehenen Abtretung eines Theiles der Freiheit jedes einzelnen Bürgers an das Staatsoberhaupt, wofern sie überhaupt möglich wäre, noch auch in der Pflicht des Staatsoberhauptes liegen kann, gegen einen solchen Theil der Freiheit als Kaufpreis der Rechtssicherheit diese zu gewähren, weil es einestheils noch zweifelhaft bleibt, ob die Strafe das einzige, oder wenigstens zweckmäßigste Mittel zur Erlangung einer solchen Rechtssicherheit ist, und durch jedes wiederholte Verbrechen zweifelhafter wird, und weil anderntheils und hauptsächlich in dem abgetretenen Theile der Freiheit doch unmöglich die Berechtigung zu allen möglichen Verbrechen auf Seiten des Unterthanen — denn die Möglichkeit der Verübung von Verbrechen wird dadurch nicht aufgehoben, — und das Mittel zu deren Hemmung in der Hand des Souverains enthalten gedacht werden kann, nicht zu gedenken, daß von einer Abtretung der dem Menschen angebornen Freiheit, oder eines Theiles derselben, nur im uneigentlichen Sinne die Rede sein kann. Denn wer kann sich der unerläßlichen Bedingung wahrer Humanität entäußern? Wenn aber Beccaria die Strafe als etwas Nothwendiges im Staate annimmt und voraussetzt, so umgeht er, zur Politik hinüberschweifend, die Frage nach der Begründung des Strafrechts und beschränkt sich lediglich darauf, zu zeigen, wie es zu rechtfertigen sei, daß das Staatsoberhaupt und nicht der Verletzte selbst oder jeder Dritte davon Gebrauch mache. Mit Beccaria übereinstimmend, beabsichtigt auch Servin durch die Strafe Abschreckung des Verbrechers vor Begehung weiterer Verbrechen. S. dessen Werk

de la législation criminelle, Basle 1782, während Filangieri nur das öffentliche Interesse und die Verhinderung künftiger Verbrechen im Allgemeinen im Auge hat, indem er das Strafrecht als Mittel der Erhaltung und Sicherheit der Mitglieder des Staates betrachtet. Vergl. dessen Scienza della Legislazione Lib. III cap. 27.

Bentham.

2) Der Engländer Bentham, der der Begründer der Nutzenstheorie genannt zu werden pflegt, findet die Motive aller menschlichen Handlungen nur in der Lust und in der Furcht. Danach glaubt er — ob mit Recht, kann in Betracht der im höchsten Affecte oder ohne Ueberlegung begangenen Verbrechen nicht zweifelhaft sein — alle Neigungen berechnen, mithin auch die Strafe als Gegenmittel derselben bestimmen zu können, indem er von dem Grundsatze, daß dem Verbrechen zuvorgekommen werden müsse, ausgehend, in consequenter Anwendung des Abschreckungsprincips in allen Fällen Strafen angedroht und vollzogen wissen will, die den Vortheil, den die Verübung eines Verbrechens verspricht, überwiegen. Zu vergleichen sind Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik, bearbeitet von Hepp, Tübingen 1839, Traité de législation und Théorie des peines et des récompenses, 2 Vol., Genève 1811, auch die Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung des Auslandes Bd. 11, Nr. 25. Scharfsinnig ist die Bentham'sche Theorie jedenfalls zu nennen, ja es kann ihr auch eine gewisse Consequenz nicht streitig gemacht werden, allein eine feste Grundlage möchte ihr doch insofern abgehen, als die Zweckmäßigkeit der Strafe, ja selbst deren Nothwendigkeit dieselbe in dem Sinne nicht rechtfertigen kann, daß sie dem Staate das Recht zur Bestrafung geben soll. Denn wie wir wiederholt erwähnten, kann kein Recht ohne Uebereinkunft oder Zugeständniß entstehen, und selbst die wirkliche Erreichung eines gewissen Nutzens im concreten

Falle darf um so weniger als unbezweifelt behauptet werden, als die Strafe oft die ganz entgegengesetzte Wirkung auf den Verbrecher hat, während der höhere wahre Zweck der Strafe, Realisirung der Idee des Rechts, durch die Strafe eo ipso und ohne Rücksicht auf die ihr entsprechenden Verhältnisse erreicht wird. Uebrigens unterliegt das Bentham'sche System, wenn es sich auch, namentlich der Abschreckungs-Theorie gegenüber, durch eine gewisse Humanität auszeichnet, dennoch dem der Präventions-Theorie gemachten Einwande, daß sie das Verhältniß zwischen Schuld und Strafe vernichtet, während auch die Neigung zu Verbrechen nicht gerade nach dem Maaße ihrer Schwere sich richtet, und weder durch das Verbrechen selbst, noch durch die dabei concurrirenden, dem Richter zum Theil unerkennbaren Umstände vermittelt werden kann. Darin aber zeichnet sich Bentham vor den meisten Anhängern relativer Theorieen aus, daß er die einzelnen Strafzwecke in dem allgemeinen Wohle vereinigt und, indem er dieses verfolgt, die Einseitigkeit seines Systems am wenigsten fühlbar werden läßt. Zu vergleichen ist darüber Köstlin's Neue Revision S. 803 f.

Klein.

3) Unter den Abschreckungstheorieen verdient die von Klein: Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft, Grundsätze des gemeinen und deutschen peinlichen Rechts und Altes Archiv des Criminalrechts Bd. 2 Heft 1 Nr. 4 mehr ihrer Eigenthümlichkeit, als Consequenz und Schärfe halber der Erwähnung. Er unterscheidet nach dem Zwecke der Strafe die Strafe zur Genugthuung von der Executionsstrafe. Jene bezweckt Aufhebung des durch ein begangenes Verbrechen entstehenden Reizes zu Verübung weiterer Verbrechen; sie dient zur Entschädigung und Genugthuung des Beleidigten und kann auch den treffen, dem sie vorher nicht angedroht war. Sie beruht auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatze,

daß ein Jeder, der durch eine rechtswidrige Handlung einen Schaden gestiftet hat, diesen wieder gut zu machen verpflichtet ist.[1]) Die Rechtfertigung und Begründung der Executionsstrafe aber liegt in der Drohung eines Strafgesetzes, ohne welches sie rechtlich nicht existiren kann und nach der auch die Quantität und Qualität einer Strafe sich zu richten hat.

Es fällt leicht in die Augen, daß dem Klein'schen Systeme mehr noch, als manchem gemischten die Einheit abgeht, weil die beiden von ihm angenommenen Principe zu ganz verschiedenen Resultaten führen und, wenn nicht Verwirrung, doch Ungleichmäßigkeit in der Bestrafung mit sich bringen müssen, und daß auch, wie schon Feuerbach in seiner Revision des peinlichen Rechts gegen Klein geltend gemacht hat, nicht mit absoluter Gewißheit behauptet werden kann, daß die Verübung eines Verbrechens die Hervorbringung eines Reizes zu ähnlichen Handlungen bei Andern bewirken müsse. Letzteres sucht zwar Klein durch die Behauptung zu unterstützen, daß es in der Natur des menschlichen Geistes liege, daß das nicht bestrafte Verbrechen andere Menschen

---

[1]) Der Schade, welcher nach Klein's Ansicht durch sie aufgehoben und ersetzt oder wiedererstattet wird, gab die Veranlassung, daß man die Klein'sche Theorie häufig als Erstattungs-, Vergütungs- oder Ersatz-Theorie bezeichnet hat, unter welchem Gesichtspunkte ihr nur das Bedenken entgegensteht, daß sich die Art und Größe des in jedem einzelnen Falle vorhandenen idealen Schadens mit hinreichender Bestimmtheit nicht ermitteln läßt, während sich umgekehrt auch Motive finden, sie unter die Präventionstheorieen zu rechnen, wie z. B. die Principien, nach welchen Klein die Größe der Strafbarkeit verbrecherischer Handlungen bestimmt. Dieserhalb konnte er auch dem Einwande nicht entgehen, daß, weil nach ihm die Strafe nicht sowohl um des verübten Verbrechens und der in demselben enthaltenen Verletzung der Rechtsidee willen vollzogen wird, sondern vielmehr zu Erreichung der künftigen Erhaltung des Rechtszustandes im Staate, dadurch der Begriff der Strafe und damit zugleich die Idee eines gerechten Strafmaaßes verloren gehen.

zu Verbrechen reize, allein, wenn man auch die Macht des Beispiels und, wie Hepp richtig bemerkt, der Gelegenheit nicht verkennt, so hat nicht nur die Verübung einzelner Verbrechen, sollte deren Bestrafung auch wirklich erfolgen, oft gerade die entgegengesetzte Wirkung der Verabscheuung, sondern es kann überhaupt der zu reprimirende Reiz nnr bei solchen entstehen, welche schon zu Verbrechen geneigt sind und durch die Nichtbestrafung in dieser ihrer Neigung noch verstärkt werden. Denn wer wollte behaupten, daß auch ein sittlicher Mensch, sobald er die Verübung eines straflos gebliebenen Verbrechens erführe, nothwendig zur Nachahmung hingezogen werde? und wer beweisen, daß auch in dem kleinsten Staate zu jeder Zeit moralisch verdorbene Menschen existiren, und wenn dieß der Fall, durch jedes Verbrechen zu Begehung rechtswidriger Handlungen angereizt und verleitet werden? Ueberhaupt ist, wenigstens in den gebildeten Ständen, die öffentliche Achtung von größerem Einfluß, als das ganze Strafinstitut, und wie oft übertäubt die Lust an einem Verbrechen alles Nachdenken über die demselben drohende Strafe. Sodann räumt Klein, wie dieß auch Feuerbach gethan, der Politik einen schrankenlosen Einfluß in der Strafbestimmung ein, wenn er, was die sogenannte Executionsstrafe betrifft, eine Strafe, so groß sie immer sein mag, durch deren Androhung gerechtfertigt hält und damit den irrigen Schluß verbindet, daß eine Strafe, durch welche sich der Beleidiger von einem bestimmten Verbrechen habe abhalten lassen, schon aus diesem Grunde nicht zu groß gewesen sein könne. Wer dieß billigt, müßte zu dem härtesten Drakonismus kommen und würde seinen Zweck, als Verminderung der Verbrechen, Realisirung der Rechtsidee, Abschreckung oder dergleichen, doch nicht erreichen.

Endlich gibt aber weder die Aufhebung des, angeblich nothwendig, im Verbrechen liegenden Reizes, noch auch die Androhung einer Strafe ein Recht zu deren Vollziehung über=

haupt, man müßte denn dem Satze: der Zweck heiligt das Mittel, huldigen, weil nie ein Recht einseitig, wenigstens nicht durch eine Handlung des zu Berechtigenden entstehen kann, abgesehen davon, daß der Gesetzgeber bei jedem wiederholten Verbrechen mit der Unzweckmäßigkeit den Ungrund der von ihm angedrohten und vollzogenen Strafe einräumen und gestehen müßte, eine falsche und resp. zu gelinde Strafe gewählt zu haben. Manches, was noch mit Grund gegen Klein angeführt werden könnte, bezieht sich auf das Princip der Abschreckung im Allgemeinen und ist, wie sich später ergeben wird, nur in der Kritik der Feuerbach'schen Theorie erwähnt worden.

Schneider.

4) Im Wesentlichen mit Klein übereinstimmend und wie dieser die Strafe durch die Drohung gerechtfertigt haltend, bezeichnet Schneider in seiner Schrift: Noch einige Worte über das Princip des Strafrechts, Dresden und Leipzig 1806, die Strafe als Ersatz des durch das Verbrechen angestifteten Schadens, oder der nachtheiligen Wirkungen einer Rechtsverletzung, unter die die verletzte Sicherheit gehört, auch als das Uebel, welches der Beleidigte dem Beleidiger als Folge der, ihm von diesem vorsätzlich zugefügten Rechtsverletzung, in der Absicht, um ihn selbst sowohl, als Andere, dadurch von künftigen vorsätzlichen Rechtsverletzungen abzuschrecken, zufügt. Da und insofern es möglich sei, auch diese verletzte Sicherheit für die Zukunft wiederherzustellen, sei der Zwang, wodurch der Beleidiger hierzu genöthigt wird, eine rechtmäßige Handlung, und der Zweck der Strafe sei, den Verbrecher und Andere von künftigen Verletzungen abzuhalten.

Seine Theorie ist bald als Präventions-, bald als Vergütungs- oder Erstattungs-, bald auch als Abschreckungs-Theorie angesehen und gewürdigt worden. Es sei aber, wie

ihm wolle, so ist sie nicht geeignet, gegen alle auf sie gemachten Angriffe auszuhalten; so rechtfertigt z. B. die bloße Wahrscheinlichkeit der durch das Verbrechen entstehenden Gefahr nicht schon die Vertheidigung der Bedrohten oder des Staates in ihrem Namen, während andererseits die Strafe dem vorangegangenen Unrecht, wenn sie solches auch nicht ungeschehen machen kann, ohne Rücksicht auf eine bevorstehende Gefahr folgen muß; so kann von keiner Strafe, mit Ausnahme der Todesstrafe, mit Sicherheit angenommen werden, daß sie den Verbrecher und alle Staatsangehörigen von Verbrechen abhalte; so würde jedes wiederholte Verbrechen die vollzogene Strafe als zwecklos erscheinen lassen; so würde beim Morde und Todschlage gar keine Erstattungspflicht als vollständige Wiederherstellung des verletzten rechtlichen Zustandes des Beleidigten, mithin auch keine Strafe möglich sein. Und wenn endlich der durch das Verbrechen angestiftete Schaden, wie von Schneider geschehen, in die verletzte Rechtssicherheit gesetzt und danach die Strafe bemessen werden sollte, so müßte diese unter Umständen selbst bei schweren Verbrechen unverhältnißmäßig herabsinken, ja es würde, der durch die Verschiedenheit des Volksgeistes und der sich danach richtenden Neigungen veranlaßten Ungleichmäßigkeit in der Bestrafung nicht zu gedenken, mit der Größe der Verbrechen deren Strafbarkeit eher fallen, weil deren Wiederholung schon wegen der Schwierigkeit der Ausführung weniger wahrscheinlich ist, als die der geringern Vergehen und Verbrechen. Zu vergleichen ist Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Th. I, S. 100, und Welcker, über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. S. 242 ff.

G m e l i n.

5) Dem Abschreckungssysteme durch die Strafvollziehung huldigt untern Andern Gmelin. Er hat sich darüber in seinen

Grundsätzen der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafe auf eine Weise ausgesprochen, daß er, verleitet durch die ihm angeborne Milde und Humanität, seinem Principe nicht ganz treu geblieben ist.

„Um den Staat und seine Mitglieder, sagt er, gegen jede Verletzung sicher zu stellen, gebietet die Nothwendigkeit jedem Regenten, zu allen den Beweggründen, welche den Menschen von Verübung von Verbrechen abhalten können, noch Strafen hinzuzufügen, d. h. Gesetze aufzustellen, in welchen nicht allein jede Verletzung des Staats und seiner Mitbürger als unerlaubt dargestellt, sondern auch allen Denen, welche sie begehen, gewisse physische Uebel als unausbleiblich angedroht werden, und mit diesen Uebeln jeden Uebertreter zu belegen, um durch diese Folgen allen Andern Schrecken und Furcht gegen eine solche Handlung einzujagen, um durch diese Vorstellung dem menschlichen Willen, welcher durch Geiz, Rachgier, Bosheit und Wollust zur Begehung eines Verbrechens verleitet werden will, das Uebergewicht in die andere Wagschale zu geben, wo Religion und gesunde Vernunft nicht mehr hinreichen würden."

Und an einem andern Orte:

„Hinsichtlich des Maaßstabes der Strafe geht die gemeine Meinung dahin: die Strafe soll mit dem Verbrechen in richtigem Verhältnisse stehen. Allein genauer muß man sagen: die Strafe muß theils mit dem Verbrechen überhaupt, theils mit den Umständen des einzelnen verübten Verbrechens in Verhältniß gesetzt werden. Ersteres ist für den Gesetzgeber, letzteres für den Richter. Geht man nun von dem Endzweck der Strafe aus, nämlich Beleidigungen gegen den Staat und die Bürger abzuwenden, so muß die Strafe theils mit der Neigung zum Verbrechen im Verhältniß stehen und den Vortheil überwiegen, den sich der Verbrecher von der Ausführung seiner Missethat verspricht; theils nicht nur mit dem Schaden des Staats in dem gegebenen Falle, sondern

auch mit der Gefahr desselben in mehreren Fällen im Verhältniß stehen. Aber immer muß es das möglichst geringe Uebel sein, welches zur Verhütung des Verbrechens hinreichend ist."

Ohne hier auf alle Einwendungen aufmerksam machen zu wollen, welche dem Principe der Abschreckung entgegenstehen, so folgt eben so wenig aus diesem, daß nothwendig das möglichst geringe Uebel, falls solches zu Verhütung von Verbrechen überhaupt hinreicht, gewählt werden müsse, noch läßt sich dieß aus dem Gmelin'schen Endzweck der Strafe, Beleidigungen gegen den Staat und die Bürger abzuwenden, herleiten. Im Gegentheil, die Sicherung des Staats und die Abschreckung der Angehörigen desselben wird eher zur Härte in der Strafbestimmung, als zur Milde führen. Und wenn ferner Gmelin gefühlt zu haben scheint, daß mit der Abschreckung durch Zufügung der Strafe zugleich der — irrige — Schluß gebilligt werde, daß die Größe der Strafe und ihr physischer Apparat Schrecken bei den Bürgern verbreiten, und daß dieser geeigneter sei, sie von Verbrechen abzuhalten, als der Gedanke entdeckt zu werden, so wie daß die Strafe in ihrer Vollziehung auf Alle gleichmäßig abschreckend wirke; so geräth er dadurch, daß er sich später zur Abschreckung durch Strafdrohung neigt, auf ein nicht minder gefährliches Gebiet, auf welchem man, von der Behauptung ausgehend, daß durch die, möglicher Weise zu realisirende, Drohung Niemandes Rechte verletzt würden, die Verbrecher, so wie alle Uebrigen, um den eigentlichen Nachweis des Rechts zur Strafzufügung täuscht. In keinem Falle kann er sich aber gegen den Vorwurf schützen, daß von ihm das Rechtliche der Strafe mit dem bloßen Nutzen verwechselt werde, weil die Erlangung eines rechtlichen Zustandes nur Bedingung der Realisirung der Rechtsidee und weil die Sicherheit des Staates vor Verbrechen zwar Pflicht desselben und einer der Hauptzwecke ist, das Mittel zu deren Erreichung, die Strafe,

aber nicht nothwendig im Begriffe der Sicherung liegt. Zudem muß erst der Zukunft die Entscheidung darüber überlassen bleiben, ob eine solche Sicherung in concreto erreicht worden ist, so daß man nicht einmal über die Rechtmäßigkeit einer Strafe bei dessen Vollziehung urtheilen könnte. Das Nähere über Gmelin's System ist außer in seiner obengenannten Schrift bei Hepp §. 19 bis 23 im 1. Hefte der 2. Abtheilung zu ersehen. Was überhaupt die Theorie der Generalprävention, nach welcher im Gegensatz der sogenannten Specialprävention durch Zufügung der Strafe auf alle Staatsangehörigen eingewirkt werden soll, welche Lust zu Verbrechen haben, betrifft, so ist deren Unhaltbarkeit in neuester Zeit fast allgemein anerkannt worden, aus welchen Gründen aber zu einleuchtend, um eine Erörterung zu erheischen. Im römischen Rechte, namentlich in l. 6 §. 1 D. de poenis, l. 28 §. 15 eod. ut conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, l. 31 D. depositi, l. 1 C. ad legem Juliam repetundar. Nov. 30 c. 11 und in der CCC Art. 130, 131, 137 war aber die Anerkennung des von ihr angenommenen Strafzwecks unverkennbar.

von Droste Hülshoff.

6) von Droste Hülshoff raisonnirt in seiner Einleitung in das gemeine deutsche Criminalrecht zum Gebrauch für academische Vorlesungen, Bonn 1826, Cap. 1, so:

„Die nothwendigen, für andere Menschen nachtheiligen Folgen einer jeden Rechtsverletzung, die mit Einsicht und Absicht, oder auch aus Unbesonnenheit geschieht, sind außer einer nachtheiligen Veränderung im Zustande des unmittelbar Verletzten, welche durch Zwang zum Ersatz, so weit möglich, gehoben wird, eine Unsicherheit für das Sein des Verletzten und sein rechtlich erlaubtes Handeln in der Zukunft, und eine Unsicherheit und Benachtheiligung aller andern, nicht unmittelbar angegriffenen Staatsgenossen für die Zu-

kunft. Diese gedoppelte Unsicherheit ist durch jedes Verbrechen in der Regel zwiefach begründet. Erstlich von Seiten des Verbrechers selbst, der einen bösen Willen bewiesen hat. Zweitens von Seiten nicht bloß aller verkehrten und unsittlichen, sondern auch aller ungebildeten Menschen, bei denen das vor ihren Augen Geschehene der Natur der Sache nach eine Anreizung zu ähnlichen Gewaltthaten ist, oder wenigstens die Achtung für das Rechtsgesetz geschwächt hat. Diese, den Zwecken des Staats widerstreitende und von der Staatsgewalt nothwendig, so weit es ihr möglich ist, zu hebende, Unsicherheit kann nur dadurch gehoben werden, daß dem Verbrecher etwas geschieht, was in Zukunft seiner Willkür und fremden, durch ihn erregten Gelüsten Schranken setzt, nämlich, außer der Ermahnung und dem Verweise, durch Entziehung der äußeren Freiheit, oder eines andern sinnlichen Guts, welche der natürlichen Wirkung wegen die Gewißheit gibt, daß die durch das Vergehen entstandene Rechtsunsicherheit wieder aufhöre. Somit ist der Zweck der Strafe Wiederherstellung der durch das Verbrechen aufgehobenen Sicherheit, welche rechtlich begründet wird durch den Zweck und die Pflicht der Staatsgewalt, die Ausführung des Rechtsgesetzes zu bewirken, was ihr ohne Strafe unmöglich ist, und durch das der Staatsgewalt zukommende Recht der Vertheidigung und dessen, was aus dem Rechte der Vertheidigung hervorgeht."

Wenn sich nun hieraus ergiebt, daß die von Droste Hülshoff'sche Theorie zu den auf die Wirksamkeit der Strafvollziehung berechneten Präventions- und Abschreckungstheorieen — nahe verwandt ist sie mit der Klein'schen und Gmelinschen — gehört, mithin auch viele bereits erwähnte Gründe gegen sich hat, so wollen wir im Allgemeinen auf unsere diesfallsigen Bemerkungen und auf die Schriften eines Thibaut, Hepp, Kleinschrod, Henke und Grolman verweisen, hier genüge es, noch hervorzuheben, daß die Abschreckungs-

theorie auf dem gefährlichen Schlusse beruht, daß der, welcher ein Verbrechen verübt hat, nothwendig ein solches wieder verüben werde, daß diese Theorie consequent schon die bloß geäußerte Gesinnung, weil es hier und zwar mit mehr Grund, als bei einem bereits vollbrachten Verbrechen, schon einer Vertheidigung oder Vorkehrung bedürfte und jeder Versuch eines Verbrechens wie die Vollendung gestraft werden müßte, während umgekehrt bei einem vollendeten Verbrechen, bei einer vollbrachten Verletzung gar nicht von Vertheidigung die Rede sein kann. Auch wird Jeder zugeben müssen, daß der Reiz, der in einem zur Kenntniß der Bürger gelangten ungestraften Verbrechen liegt, nicht die alleinige Quelle unrechtlicher Handlungen ist, weil außerdem, wenigstens dann die Verübung von Verbrechen ganz unmöglich gemacht wäre, sobald ein Verbrechen jeder Art zur Bestrafung gekommen wäre. So oft nun jenes nicht der Fall ist, so oft muß die Strafe, welche jeden Verbrecher treffen soll, ihren Zweck verfehlt haben, oder vielmehr grund- und zwecklos vollzogen worden sein, indem sich dieselbe nur auf die Unterdrückung des durch ein Verbrechen entstandenen Reizes zu neuen Verbrechen bezog, der gegenwärtig nicht in Frage steht. Und gibt man einmal, was allein richtig ist, zu, daß die Rechtssicherheit in unzähligen andern, in der sinnlichen Natur des Menschen liegenden Momenten begründet ist, so folgt daraus, daß nach von Droste Hülshoff's Argumentation die Wirksamkeit der Strafe nur äußerst gering wäre, selbst angenommen, daß sie die Gewißheit gebe, daß die durch ein bestimmtes Vergehen entstandene Rechtsunsicherheit wieder aufhöre. Ja es liegt ferner auch der Fall nicht außer dem Bereiche der Möglichkeit, daß Verbrechen so geheim verübt werden, daß sie außer dem Richter gar Niemand bekannt werden und daß deßhalb die gefürchtete Anreizung durch das böse Beispiel gar nicht eintreten könnte, insofern man nicht gerade den Richter selbst der Verleitung zu Verbrechen unterliegend halten möchte.

Endlich hat schon Schmid: Ueber den Urgrund des Strafrechts S. 78 ff. darauf aufmerksam gemacht, daß die Anhänger der Präventionstheorie das Vertheidigungsrecht mit dem Strafrecht verwechseln und sich einer petitio principii schuldig machen, indem sie davon ausgehen, daß der Verletzte das Recht habe, den Verletzenden auf eine Weise zu behandeln, daß dadurch künftigen Verletzungen von seiner Seite prävenirt wird, oder zu strafen.

Nahe verwandt mit dem Obigen ist von Wächters Deduction des Strafrechts. S. dessen Lehrbuch des römisch teutschen Strafrechts Th. 1 S. 51.

von Feuerbach.

7) von Feuerbach, dessen System des Strafrechts von ungeheurem Einflusse auf die Criminalgesetzgebung und auf die Ausbildung der Strafrechtswissenschaft überhaupt gewesen ist, hat die ihn leitenden Principien in seinem Anti-Hobbes, Erfurt 1798, Th. I S. 201 f., in seinem Aufsatze in Grolmann's Bibliothek der peinlichen Rechtswissenschaft, 1798, Th. I St. 2 Nr. 2, in der Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 2 Theile, 1799, in den Schriften über das Strafmaaß und über Strafe als Sicherungsmittel, Chemnitz 1800, und in seinem Lehrbuche des gemeinen peinlichen Rechts, nach seinem Tode von Mittermaier neu bearbeitet und herausgegeben, Gießen 1836, ausgesprochen, wenn wir von einigen frühern litterarischen Arbeiten desselben absehen. Er selbst hat seiner Theorie keinen bestimmten Namen gegeben, die üblichen Bezeichnungen dafür sind psychische, psychologische Zwangstheorie, als Unterart der Theorie der General-Prävention, Theorie der Abschreckung durch die Androhung, nach Hepp's Vorschlag: Theorie der Abschreckung durch das Strafgesetz, oder der unmittelbaren Abschreckung durch die Strafdrohung und der

mittelbaren durch die Strafvollziehung. Für sie [2]) müssen wir die Aufmerksamkeit unserer Leser auf etwas längere Zeit in Anspruch nehmen, indem sich folgende umfassendere Darstellung ihrer — der 12. Ausgabe seines Lehrbuchs entlehnten — Hauptgrundsätze nöthig macht, um die hauptsächlichsten Einwendungen und Bedenken gegen die Feuerbach'sche Ansicht verstehen und richtig beurtheilen zu können, zumal letztere ein so großes Ansehen genossen und zum Theil wohl noch genießt.

Feuerbach sagt §. 8—20:

„1. Nothwendigkeit eines psychologischen Zwangs im Staate.

§. 8a.

Die Vereinigung des Willens und der Kräfte Einzelner zur Garantie der wechselseitigen Freiheit Aller begründet die bürgerliche Gesellschaft. Eine durch Unterwerfung unter einen gemeinschaftlichen Willen und durch Verfassung organisirte bürgerliche Gesellschaft ist ein Staat. Sein Zweck ist die Errichtung des rechtlichen Zustandes, d. h. das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechts.

§. 9.

Rechtsverletzungen jeder Art widersprechen dem Staatszwecke, mithin ist es schlechthin nothwendig, daß im Staate gar keine Rechtsverletzungen geschehen. Der Staat ist also berechtigt und verbunden, Anstalten zu treffen, wodurch Rechtsverletzungen überhaupt unmöglich gemacht werden.

---

[2]) Welche schon in der Justinianischen Gesetzgebung sowohl, als nach dem canonischen Rechte Anerkennung gefunden hat, wie z. B. l. I §. 1 D. de J. et J. bonos non solum metu poenarum, sed etiam praemiorum exhortatione efficere cupientes und c. I Dist. IV im Decret. Grat. I factae autem sunt leges, ut earum metu coerceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia et in ipsis improbis formidato supplicio refrenetur audacia et nocendi facultas.

§. 10.

Die geforderten Anstalten des Staats müssen nothwendig Zwangsanstalten sein. Dahin gehört zunächst der physische Zwang des Staats, der auf doppelte Art Rechtsverletzungen aufhebt, I) zuvorkommend, indem er eine noch nicht vollendete Beleidigung verhindert, und zwar 1) durch Erzwingung einer Sicherheitsleistung zu Gunsten des Bedrohten, 2) durch unmittelbare Ueberwindung der auf Rechtsverletzung gerichteten physischen Kräfte des Beleidigers; II) der Beleidigung nachfolgend, indem er Rückerstattung oder Ersatz von dem Beleidiger erzwingt.

§. 11.

Physischer Zwang reicht aber nicht hin zur Verhinderung der Rechtsverletzungen überhaupt. Denn der zuvorkommende Zwang ist nur möglich unter der Voraussetzung von Thatsachen, aus denen der Staat entweder die Gewißheit oder doch (wie bei dem Zwange zur Sicherheitsleistung) ihre Wahrscheinlichkeit erkennt: nachfolgender Zwang nur unter Voraussetzung solcher Rechtsverletzungen, deren Gegenstand ein ersetzliches Gut ist. Physischer Zwang ist daher nicht hinreichend 1) zum Schutz unersetzlicher Rechte, weil der hier allein mögliche, zuvorkommende Zwang von der ganz zufälligen Erkenntniß der bevorstehenden Verletzung abhängt, auch nicht 2) zum Schutz der an sich ersetzlichen Rechte, weil sie oft unersetzbar werden und für den zuvorkommenden Zwang jene bloß zufällige Voraussetzung ebenfalls eine nothwendige Bedingung ist.

§. 12.

Sollen daher Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muß neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung vorhergeht, und vom Staate ausgehend, in jedem einzelnen Falle in Wirksamkeit tritt, ohne daß dazu die Erkenntniß der jetzt

bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer sein.

II. Möglichkeit eines solchen psychologischen Zwangs.

§. 13.

Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antriebe zur That entspringt.

§. 14.

Damit nun die allgemeine Ueberzeugung von der nothwendigen Verbindung solcher Uebel mit Beleidigungen begründet werde, so muß I) ein Gesetz dieselben als nothwendige Folge der That bestimmen (gesetzliche Drohung), und damit die Realität jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhangs in der Vorstellung Aller begründet werde, muß II) jener ursachliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen, mithin, sobald die Uebertretung geschehen ist, das in dem Gesetz damit verbundene Uebel zugefügt werden (Vollstreckung, Execution). Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang.

§. 15.

Das von dem Staate durch ein Gesetz angedrohte und kraft dieses Gesetzes zuzufügende Uebel ist die bürgerliche Strafe (poena forensis). Der allgemeine Grund der Nothwendigkeit und des Daseins derselben (sowohl in dem Gesetz, als in der Ausübung desselben) ist die Nothwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit Aller, durch Aufhebung des sinnlichen Antriebs zu Rechtsverletzungen.

§. 16.

Unter Zweck der Strafe wird die Wirkung verstanden, deren Hervorbringung als Ursache des Daseins einer Strafe gedacht werden muß, wenn der Begriff von Strafe vorhanden sein soll. I) Der Zweck der Androhung der Strafe im Gesetz ist Abschreckung Aller, als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen. II) Der Zweck der Zufügung derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, in wiefern ohne sie diese Drohung leer (unwirksam) sein würde. Da das Gesetz alle Bürger abschrecken, die Vollstreckung aber dem Gesetz Wirkung geben soll, so ist der mittelbare Zweck (Endzweck) der Zufügung ebenfalls bloße Abschreckung der Bürger durch das Gesetz.

§. 17.

Rechtsgrund der Strafe ist ein Grund, von welchem die rechtliche Möglichkeit der Strafe abhängt. Der Rechtsgrund I) der Androhung der Strafe ist das Zusammenbestehen derselben mit der rechtlichen Freiheit der Bedrohten, so wie die Nothwendigkeit, die Rechte Aller zu sichern, der Grund ist, welcher die Verbindlichkeit des Staats zu Strafdrohungen begründet. II) Der Rechtsgrund der Zufügung ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes.

§. 18.

Die bürgerliche Strafe als solche hat daher nicht zum Zweck und Rechtsgrund 1) Prävention gegen die künftigen Uebertretungen eines einzelnen Beleidigers, denn diese ist nicht Strafe und es zeigt sich kein Rechtsgrund zu solchem Zuvorkommen; 2) nicht moralische Vergeltung, denn diese gehört einer sittlichen, nicht einer rechtlichen Ordnung an, und ist physisch unmöglich; 3) nicht unmittelbare Abschreckung Anderer durch die Schmerzen des dem Missethäter zugefügten Uebels, denn hiezu gibt es kein Recht; 4) nicht moralische Besserung, denn dieses ist Zweck der Züchtigung, aber nicht der Strafe.

III. Höchste Principien des peinlichen Rechts.

§. 19.

Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes Princip des peinlichen Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äußerer Rechte begründeten und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes.

§. 20.

Hieraus fließen folgende, keiner Ausnahme unterworfenen Grundsätze: I) Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (Nulla poena sine lege). Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe. II) Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch das Dasein der bedrohten Handlung (Nulla poena sine crimine). Denn durch das Gesetz ist die gedrohte Strafe an die That, als rechtlich nothwendige Voraussetzung, geknüpft. III) Die gesetzlich bedrohte That (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe (Nullum crimen sine poena legali). Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine nothwendige rechtliche Folge geknüpft."

Indem wir zuvörderst daran erinnern, daß Verbrechen weder ausschließlich im Staate vorkommen, noch auch eine wirkliche Rechtsverletzung enthalten müssen, fällt es in die Augen, daß die Feuerbach'sche Darstellung insofern nicht erschöpfend ist, als sie sich nur auf Rechtsverletzungen im Staate bezieht, auf der andern Seite greift sie aber zu weit, wenn sie dem Staate das Recht und die Verbindlichkeit beimißt, die Rechtsverletzungen durch seine Anstalten und resp. die Strafe ganz unmöglich zu machen. Den Rechtsgrund der Strafe scheidet Feuerbach in den der Androhung der Strafe und den ihrer Zufügung. Jener ist ihm das Zusammenbestehen der Strafe mit der rechtlichen Freiheit der Bedrohten,

m. a. W. das Nichtverletztwerden derselben durch die Strafe, wobei es freilich unerklärlich ist, wie ein Zustand, der erst nach erfolgter Drohung eintritt, zum Rechtsgrunde derselben werden kann; dieser, der Rechtsgrund der Zufügung, ist ihm die vorhergegangene Drohung des Gesetzes. Er müßte demnach entweder in dem angeblichen Rechte des Staates liegen, diejenigen Handlungen, wozu seine Unterthanen kein Recht gegen ihn haben, willkürlich zu bedingen, oder mit sinnlichen Uebeln zu verknüpfen, welche man eben als Strafen zu betrachten hat, oder auf Seiten der Verbrecher in dem Vorherwissen der gedrohten Strafe, etwa auf den Grund einer fingirten Einwilligung. Beides ist jedoch rechtlich nicht durchführbar. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß die bloße Androhung der Strafe die rechtliche Freiheit Niemandes verletzt, weil dadurch die Möglichkeit ihrer Geltendmachung nur scheinbar, oder vielmehr gar nicht beschränkt wird, so kann sie dann in der Hand des Gesetzgebers zum Mittel ungerechter Bestrafung werden, wenn sie, wie von Feuerbach, dazu benutzt wird, das Strafrecht selbst als consequente Befolgung der Drohung daraus herzuleiten. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß, wenn die angedrohte Strafe mit der Idee der Gerechtigkeit harmonirt und nicht in bloßer Willkür ihren Grund und Quelle hat, kein Grund vorhanden sein würde, die Drohung der Strafe sowohl, als letztere selbst zu verwerfen. Und was die vermeintliche Einwilligung des Verbrechers in die Strafe betrifft, so kann sie, wenn sie auch wirklich aus dem Begehen eines gewissen Verbrechens gefolgert werden könnte, die willkürlich angedrohte Strafe doch unmöglich zur gerechten machen, falls sie es nicht zufällig schon gewesen ist.

Gegen die Abschreckung überhaupt muß bemerkt werden, daß sie keinen richtigen Maaßstab für die Strafdrohung liefert, weil sie, den Reiz zu bestimmten Verbrechen in's Auge fassend, consequent so lange, als keine Strafe das geringste

Verbrechen ganz verhindert, auch dieses mit der schwersten Strafe belegen müßte, weil, wenn sie auch die Gesinnung nicht allein für rechtlich strafwürdig erklärt, die objective Seite der That, oder den Erfolg zu sehr außer Acht lassen würde und demgemäß der Vollendung der Verbrechen allzuweite Grenzen zieht, weil nach ihr einzelne leichtere Verbrechen, welche erfahrungsmäßig am häufigsten vorkommen, wie z. B. der Diebstahl, die Unzuchtsverbrechen, mit den härtesten Strafen geahndet werden müßten, und weil mit Bestimmtheit nicht angegeben werden kann, welche Arten der Verbrechen am meisten eine Wiederholung befürchten lassen, und daß sie für die Fälle nicht durchgreift, wenn ein Verbrecher gar nicht abgeschreckt werden konnte, sei es, daß er die Strafbarkeit seiner Handlung überhaupt, oder wenigstens das sie verbietende Gesetz nicht kannte, und wenn ihm ein positiv böser Wille nicht nachgewiesen werden kann; — gegen die Theorie der Androhung der Strafe insbesondere, wie sie von Feuerbach mit bewundernswürdigem Scharfsinn durchgeführt worden ist [3]), daß sie einestheils für die Fälle nicht ausreicht, in welchen der Verbrecher vor Begehung seines Verbrechens gar nicht an die Folgen desselben gedacht, oder wenn er dasselbe in rascher Aufwallung, in einem alle Ueberlegung betäubenden Affecte verübt hat, und daß die Strafe anderntheils selbst bei der größten Härte ihren Zweck verfehlen würde, wenn der Verbrecher aus Schwärmerei, aus politischen Rücksichten oder in der Hitze der Leidenschaft gegen jede Vorstellung der ihm angedrohten Strafe unempfindlich und gleichgültig wird. „In allen Fällen,“ sagt Pfizer in seinen Beiträgen zu einer neuen Criminalgesetzgebung, Tü-

---

[3]) Man vergleiche z. B. das 10. Kapitel im II. Theile seiner Revision des positiven peinlichen Rechts, in welchem er sich über die Strafbarkeit der Verbrechen nach ihren Triebfedern, als dem Menschenhaß, Neid, Rachsucht, Eigennutz, Zorn, Affect, verbreitet.

bingen 1810, „wird zur rechtlichen Möglichkeit einer Strafandrohung erfordert, daß Sinnlichkeit die Triebfeder einer rechtswidrigen Handlung sei. Denn ohne einen sinnlichen Antrieb kann von Zufügung eines sinnlichen Gegenmittels nicht die Rede sein. Ein Schwärmer, der ohne einen sinnlichen Antrieb, bloß aus Verkehrtheit seiner Ansichten, aus Maximen, welche die oberste Gesetzgebung der Vernunft für ungültig erklärt, ein Verbrechen begeht, kann daher nicht gestraft werden. Man wird und muß ihn zwar in einen Zustand bringen, wo er für die menschliche Gesellschaft nimmer gefährlich ist. Aber eigentliche Strafe findet nicht Statt, da diese ihrer Natur nach nur auf die Sinnlichkeit einwirkt und in einem solchen Falle ein zwecklos verschwendetes Uebel sein würde."

Auch ist nicht zu leugnen, daß jede Strafe ungerecht wäre, wenn die Wiederholung desselben Verbrechens unmöglich wäre, weil Abschreckung für den Verbrecher nicht nöthig, ja selbst nicht denkbar sein würde, daß, wie namentlich Mittermaier hervorgehoben, die Furcht vor der Strafe mit der Kraft ihrer wirklichen Anwendung verwechselt und dabei vergessen wird, daß Freude und Schmerz sich einander ausschließen und die gegenwärtige Lust den Gedanken an das künftig drohende Uebel verdrängt. Dieß wird aber in den Fällen um so gefährlicher werden, wenn ein Verbrechen unentdeckt und unbestraft bleibt, weil bei einer Wiederholung der Gedanke an das Strafgesetz und das in demselben angedrohte Uebel immer mehr in den Hintergrund tritt und bei einem solchen Verbrecher nur das Einzige bezwecken würde, daß dieser im Geheimen die Befriedigung seiner Sinnlichkeit zu erreichen und seine Verdorbenheit zu bethätigen sucht. In ähnlicher Weise spricht sich Richter auf S. 195 seines philosophischen Strafrechts dahin aus: „Weder den Guten noch den Bösen wird irgend ein Hinderniß von demjenigen zurückschrecken, was er als seine That beschlossen

hat. Und zwar um so weniger, je mehr er das Schreckbild für willkürlich und ungerecht ersonnene Marter ansieht. Denn alle Gewalt verliert der Schrecken über ein Gemüth, welches seine Ungerechtigkeit und den Widerspruch desselben mit der eigenen Würde erkennt. Will nun die Abschreckungstheorie durch Furcht auf die Gemüther wirken, so irret sie schwer, wofern sie die Gewalt ihrer Drohung eben der Drohung und nicht vielmehr der Gerechtigkeit ihrer bestimmten Strafen zuschreibt. Und damit wird wieder die Drohung und das Uebel der Strafe etwas Zufälliges, wovon der Gesetzgeber nicht ausgehen darf, wofern er nicht den rechtlichen Zustand zerrütten und alles Recht in blinde Gewalt verkehren will."

Ja es würde ferner, abgesehen davon, daß es an allen sichern Erkenntnißgründen der Nothwendigkeit der Strafe in concreto gebrechen würde, auch um deßwillen die Strafwürdigkeit eines Verbrechers, so wie die Abschreckungsfähigkeit eines Strafgesetzes in Bezug auf alle übrigen Staatsangehörigen nach dem Antriebe oder Begehren zu Begehung von Verbrechen nicht bemessen werden können, weil dasselbe Verbrechen aus den verschiedensten Beweggründen verübt werden kann, der Eine nach seiner Individualität mehr, der Andere weniger zu Verbrechen geneigt ist und die Einzelnen, wenn überhaupt, zu verschiedenen Verbrechen incliniren. Dagegen muß wohl die Feuerbach'sche Theorie in der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen und in der das Gefolge der sinnlichen Natur des Menschen bildenden Schwäche und Ohnmacht gegen die Behauptung Schutz finden, daß jedes Verbrechen zum Beweise diene, daß das dasselbe verbietende Strafgesetz zu milde und die Abschreckung aller Staatsangehörigen von Verbrechen entweder gar nicht, oder nur durch Androhung der härtesten Strafen zu erzielen sei. Andere Einwendungen aber, wie z. B., daß die in Rede stehende Theorie unter der Würde der Menschheit sei und den Unterthan als vernunftloses Object, als Sache behandle, daß der Staat

nicht berechtigt sei, alle Unterthanen als mögliche Verbrecher zu betrachten, haben bereits mehrfach ihre Widerlegung gefunden, so daß es bei ihrer Erwähnung bewenden kann. Mit mehr Grund ließe sich wohl noch anführen, daß das Feuerbach'sche System in seiner Anwendung die Proportion zwischen Strafe und Schuld nicht anerkennt, indem der Reiz zu Verbrechen mit ihrer Schwere nicht gerade zu steigen pflegt, vielmehr sich ebensowohl eine schwer zu besiegende Neigung zu objectiv geringen Verletzungen denken läßt, als die Verübung der gröbsten Verletzungen, ungeachtet der Verbrecher sich kaum dazu versucht, geschweige denn durch eine festgewurzelte Neigung angereizt fühlt und nach dem Abschreckungssysteme die Größe der anzuwendenden Strafe lediglich nach den sinnlichen Triebfedern zu bestimmen wäre, so daß der bei der Strafzumessung ganz unentbehrliche objective Maaßstab zu wenig berücksichtigt werden würde. Dazu kommt noch, daß die angedrohte Strafe, wenn sie ihren Zweck erreichen, d. h. wenn sie auf alle Unterthanen abschreckend wirken soll, einen größern Nachtheil enthalten muß, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt, daß das Princip der Abschreckung dem Rechte und der Rechtmäßigkeit der Strafe die Politik und die Zweckmäßigkeit der Bestrafung substituirt, oder wenigstens der Politik einen unzulässigen Einfluß bei Beurtheilung rechtlicher Fragen und Verhältnisse gestattet, dennoch aber das Ermessen der Richter und die Grenzen der in concreto anwendbaren Strafen allzu sehr beschränkt. Eine ausführliche und lichtvolle Beurtheilung des Feuerbach'schen Systems findet man in Hepp's Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme, der sich im ersten Hefte der Abth. II, §. 63, S. 368 f. über die letzte Einwendung sehr richtig dahin ausgesprochen hat: „Ist Abschreckung durch das Strafgesetz Hauptzweck der Strafe, so muß der Gesetzgeber nothwendig dem vernünftigen Ermessen des Richters mißtrauen. Allerdings kann die

Festsetzung der Qualität und Quantität der Strafe nicht unbedingt den Gerichten überlassen bleiben, indem sie gewisser Schranken mit Nothwendigkeit bedürfen. Allein diese müssen doch von der Art sein, daß sie, besonders bei Verbrechen, welche unendlich verschiedener Abstufungen fähig sind, es in der Regel dem Richter möglich machen, eine approximativ und relativ (menschlich=) gerechte Strafe festzusetzen. Hingegen der Abschreckungsgesetzgeber wird, wenn auch in Anerkennung der unendlich verschiedenen Abstufungen und Grade menschlicher Verschuldung, umgekehrt das Ermessen des Richters in der Weise binden, daß letzterer in den meisten (in allen nur irgend erheblichen) Fällen genöthigt wird, nur mechanisch den Willen des Abschreckungsgesetzgebers zu vollstrecken, d. h. eine formell gerechte, aber materiell ungerechte (bloß politische) Strafe auszusprechen. Denn nicht nur wird zum Zweck der Abschreckung die Zahl der absolut bestimmten Strafgesetze eine beträchtliche sein (der Fälle, wo Todesstrafe, lebenslängliches Zuchthaus, Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte und Dienstentlassung absolut angedroht sind, gibt es eine sehr bedeutende Zahl); sondern es werden auch bei relativ bestimmten Strafgesetzen die Minima in der Regel zu hoch gegriffen sein, und, damit der Richter noch mehr an den Willen des Abschreckungsgesetzgebers gebunden werde, werden für die verschiedenen Abstufungen desselben Verbrechens vier, fünf, ja sechs bis sieben verschiedene Strafrahmen, jede mit einem Maximum und Minimum, und regelmäßig auch mit einer bestimmten Art der Freiheitsstrafe (mehr entehrend, oder weniger entehrend, oder ehrlich lassend) festgesetzt werden, so daß man einen solchen Richter mit dem Staatsgefangenen selbst vergleichen möchte, welcher die Ringmauern seiner Anstalt nicht verlassen, oder sich nur in etlichen Räumen derselben bewegen darf. Dieß Alles liegt in der Consequenz des Abschreckungsprincips. Denn ein freies Ermessen der Gerichte würde den Zweck der Abschreckungsstrafe zer-

stören, und Grade der rechtlichen und moralischen Verschuldung erkennt dieses Princip ja auch nicht an, sondern nur Grade der Nothwendigkeit der Abschreckung, die auch für den Richter berechnet sind, weil dieser nicht nach andern Normen die Strafe verhängen kann, als der Gesetzgeber aufgestellt hat." Außerdem sind über Feuerbach zu vergleichen Thibaut's Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts, Hamburg 1802, in welchen der Verfasser sich S. 24 nicht nur zum Princip der Nöthigung durch psychologischen Zwang bekennt, sondern auch den Zweck jedes Strafgesetzes in der Abschreckung findet, dagegen aber in steter Berücksichtigung des positiven Rechtes und im unverwandten Hinblick auf die bei praktischer Durchführung eines Strafrechtsprincips sich ergebenden Schwierigkeiten und zu beobachtenden Rücksichten einestheils die Unvereinbarkeit der von Feuerbach ausgesprochenen Lehren mit der positiven Gesetzgebung nachzuweisen bemüht ist, anderntheils der Criminalpolitik einen noch bedeutendern Einfluß als Feuerbach einräumt und demgemäß S. 98 die Criminalgesetzgebung, welche sich insbesondere nach den in dem Volkscharacter, Vorurtheilen, politischen Verhältnissen u. s. w. liegenden Umständen zu richten habe, für die zweckmäßigste hält, welche die gemeinen Begriffe über moralische Vergeltung zum Maaßstabe der Strafbarkeit mache und einem Verbrecher etwa eben die Uebel zufüge, welche der Beleidigte, durch Rachlust getrieben, demselben selbst würde zugefügt haben. S. auch: Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung; Pfizer, Beiträge zu einer neuen Criminalgesetzgebung, Tübingen 1810; Michaelis, Vorrede zum Th. 6 seines mosaischen Rechts; Henke, über den gegenwärtigen Zustand der Criminalrechtswissenschaft S. 82—116, in seinem Handbuch des Criminalrechts I §. 20 und in seinem: Streit der Strafrechtstheorieen S. 57 ff.; Kleinschrod, systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen

Rechts ed. III, Augsburg 1805; Grolman, über die Begründung des Strafrechts; v. Gönner in seinem Archiv für Gesetzgebung B. II H. 1, 2; Welcker in den letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe S. 214 ff.; Bauer's Warnungstheorie S. 328 ff.; Richter's philosophisches Strafrecht S. 188—198; Luden's Vorrede zu seiner Uebersetzung von Romagnosi's Genesis des Strafrechts S. 44 ff.; Köstlin, Neue Revision S. 809 ff. u. m. A.

von Groß.

8) Sehr nahe Verwandtschaft mit der Feuerbach'schen Theorie hat die des Verfassers der Dissertatio de notione poenarum forensium, 1798, und der philosophischen Rechtswissenschaft, von Groß. Er sagt:

„Die Justizgesetzgebung hat theils den Umfang der Rechte des Einzelnen gegen einander — bürgerliche Gesetzgebung — theils die um des Ganzen willen nothwendigen Folgen der Rechtsverletzungen festzusetzen — Strafgesetzgebung. Letztere beruht darauf, daß der Zweck des vollständigen Rechtsschutzes nur dann zu erreichen ist, wenn das natürliche Rechtsgesetz nicht bloß in Rücksicht auf die Bestimmung des Jedermann zukommenden Freiheitsgebiets, sondern auch insofern, als dasselbe jeden Eingriff in ein fremdes Freiheitsgebiet untersagt, zum öffentlichen Gesetze gemacht wird. Ein Gesetz kann als öffentliches nur dadurch bestehen, daß es durch äußere Macht seine Wirksamkeit gegen jeden widerstrebenden Willen behauptet. Da es aber Unterlassungen sind, welche den Gegenstand eines verbietenden Gesetzes ausmachen, und diese ohne gänzliche Vernichtung der Freiheit des Handelns selbst nicht unmittelbar durch äußere Macht bewirkt werden können: so muß mit dem Verbote zugleich etwas Anderes, durch dessen Bewirkung sich das Gesetz nach erfolgter gesetzwidriger That wirksam zeigt, als Folge von dieser festgesetzt werden. Die gesetzlich bestimmte Folge der Uebertretung eines verbietenden

Gesetzes muß ein Uebel für den Thäter sein, weil dadurch das Gesetz sich einer Handlung, welche auf Erlangung eines Guts durch gesetzwidriges Thun gerichtet ist, entgegenstellt. Ein solches Uebel heißt Strafe, poena forensis. Der Thäter wird demnach gestraft, bloß weil er das Gesetz übertreten (verbrochen) hat, und der Rechtsgrund der Strafe liegt darin, daß das Verbot, um als öffentliches Gebot bestehen zu können, etwas in sich enthalten muß, wodurch dasselbe an dem Uebertreter selbst, der es durch seine That als nicht geltend behandelt, seine unausbleibliche Gültigkeit behaupten kann. Hieraus ergibt sich die rechtliche Nothwendigkeit, daß in dem verbietenden Gesetze Strafe gedroht werde."

Und an einer andern Stelle:

„Der Zweck der Strafe ergibt sich aus dem Rechtsgrunde derselben; er geht dahin, dem Verbote der Handlungen, welche mit der Erhaltung des allgemeinen Rechtszustandes unverträglich sind, gegen die Neigung zu solchen Handlungen das Uebergewicht zu verschaffen. Die Möglichkeit dieser Wirkung beruht auf der Natur des menschlichen Willens; denn durch ein Gesetz, welches seine Handlung nicht nur verbietet, sondern auch mit einem Uebel bedroht, kann die allgemeine Ueberzeugung begründet werden, daß Jeder, welcher gegen das Gesetz ein Gut zu erlangen strebt, sich kraft dieses Gesetzes selbst ein Uebel bereitet, wodurch der rechtswidrige Wille als sein Object vernichtend erscheint. Demnach ist der unmittelbare Zweck der Strafe nichts anderes als Abschreckung; denn einen Andern von einer Handlung durch die Vorstellung eines ihm daraus bevorstehenden Uebels abhalten, heißt ihn abschrecken."

Wie von Feuerbach geht von Groß von der gefährlichen Annahme aus, daß allem gesetzwidrigen Handeln und Thun der Menschen die Ueberlegung des dadurch zu erzielenden Vortheils vorausgehe und die Strafe nur den sinnlichen Neigungen und Trieben entgegenzuwirken habe, ein Gesichts-

punkt, der nicht nur bei consequenter Durchführung zu falschen Resultaten führt, sondern dem auch häufig vorgeworfen zu werden pflegt, daß er der menschlichen Natur unwürdig sei, weil, wenn eine Strafe mit Rücksicht Aller gerechtfertigt erscheinen soll, damit zugleich zugegeben wird, daß Alle, ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit ihres Gewissens, zu dem verpönten Verbrechen geneigt sind. Dieß gilt denn auch von dem Zwecke der Strafe, weil die Neigung zu gesetzwidrigen Handlungen nicht bei Allen, oder wenigstens nicht in gleichem Maaße stattfindet, und demgemäß auch die Strafandrohung nicht Allen gegenüber begründet wäre. Dagegen muß unserem Schriftsteller darin beigepflichtet werden, daß er in der Erreichung und Beförderung des allgemeinen Rechtszustandes das Ziel und die Grenze der Gesetzgebung findet; Abschreckung ist ihm deßhalb nur das Mittel, wodurch der Endzweck der Strafe erreicht werden soll, das sich aber als unpraktisch beweist, weil es ein allzu großes Uebel enthalten müßte, um den Reiz zu Begehung von Verbrechen zu überwiegen und eine in der Absicht, um Jedermann von künftigen Verbrechen abzuschrecken, angedrohte Strafe zwecklos sein würde, wenn sie ihrer Schwere nach nach der Gemeinschädlichkeit der verbrecherischen Handlung, statt nach dem Principe der Abschreckung bestimmt wäre, zumal sich durch die Wahl der Strafgattung die etwaige Verschiedenheit beider Principien nur in den allerwenigsten Fällen ausgleichen lassen wird. Ferner hat Hepp in §. 36 seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme, in der sich eine sehr scharfsinnige Kritik der von Groß'schen Theorie findet, mit Recht hervorgehoben, daß von Groß die Strafe aus dem Gesetze, statt aus dem Verbrechen selbst, oder dessen Folgen deducirt, oder daß mit andern Worten nach demselben eine Strafe ohne Strafgesetz undenkbar sei, und dieß auf genügende Weise widerlegt, so wie sich auch in der genannten Schrift treffende Bemerkungen über den Umfang des

Strafgebiets vorfinden. Wie gefährlich die Argumentation von von Groß ist, und namentlich dessen Behauptung, daß der Rechtsgrund der Strafe darin liege, daß das Verbot, um als öffentliches Gebot bestehen zu können, etwas in sich enthalten muß, wodurch dasselbe an dem Uebertreter seine unausbleibliche Gültigkeit behaupten kann, folgt daraus, daß man einestheils dabei nur den staatlichen Zustand im Auge hat, daß man alle andern Abhaltungsmittel von Verbrechen, als Belehrung, Ermahnung, polizeiliche Zurechtweisung, als unwirksam stillschweigend ausschließt, daß sich für die härtesten Strafen eben so viel, wo nicht mehr Grund der Rechtfertigung auffinden lassen würde, als für die möglichst gelinden, und daß die Strafe als ein Mittel zur Aufrechterhaltung der Gesetze und deßhalb nach politischen, nicht aber nach rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen wäre. Und wenn man der Sache auf den Grund geht, so besteht nicht nur das Verbot dem Uebertreter, so wie jedem Dritten gegenüber nach verübtem Verbrechen so lange fort, als es der Gesetzgeber für gut hält, sondern es bedürfte auch, falls die Unwirksamkeit eines solchen Verbotes ohne Weiteres als Folge der Straflosigkeit angesehen werden könnte, dennoch erst des Nachweises, wodurch der Staat oder der Strafende überhaupt das Recht erlangt hätte, seinen Verboten Wirksamkeit zu verschaffen, insofern nicht zugegeben wird, daß ihm dieß factisch durch den Aufenthalt der Unterthanen im Staate, oder auf irgend eine andere Weise eingeräumt worden ist. Vergl. übrigens noch Falck's Juristische Encyclopädie 4. Ausg. §. 35—36 und Tittmann, der den Zweck der Strafe in die Verhinderung der Eingriffe in das Rechtsgebiet durch Abschreckung setzt, Handbuch der Strafrechtswissenschaft I. Bd. S. 85.

G r o l m a n.

9) Grolman bekennt sich, nach Kleinschrod, Systemat. Entwickelung der Grundbegr. Th. II, S. 9 f., 103 f., und

Stübel, Dissert. de justit. poen. capital., Wittb. 1795, und System des allgem. peinlichen Rechts, Leipz. 1795, Th. I §. 12, 67 f., die derselben Idee gefolgt sind, im Gegensatze der Vertheidiger der Generalprävention, zur Theorie der speciellen Prävention und hat seine Ansicht in seiner Schrift über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, Gießen 1799, im Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung Bd. I St. 2 u. 3, in seiner Abhandlung: Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben? und in den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft niedergelegt. In der ersten derselben verbreitet er sich S. 50 folgendermaßen über die Erfordernisse einer rechtlichen Strafe:

„Sie ist ein sinnliches Uebel, welches dem Menschen darum zugefügt wird, weil er dasselbe rechtlich verdient hat. Es kann der Mensch nur dadurch zum Zwang gegen ihn berechtigen, daß er ein Hinderniß der gesetzlichen Freiheit geworden ist, und dieses ist er nur dann, wenn er nicht die Gesinnungen hat, unter welchen er allein in eine Gesellschaft freier Wesen paßt. So lange er bei diesen Gesinnungen beharrt, ist er ein stets Gefahr Drohender und Zwang gegen ihn rechtlich begründet. Wodurch der Mensch seine illegalen Gesinnungen verräth, ist hier gleichgültig; indessen ist es klar, daß der sicherste Beweis derselben in unternommenen Rechtsverletzungen liege; denn wenn auch Jemand bisher durchaus gesetzmäßig handelte, so thut doch die nun einmal freiwillig unternommene rechtswidrige Handlung kund, daß er die Regel des Rechts sich keineswegs zur unverbrüchlichen Norm seiner Handlungen gemacht habe; und gerade dieses ist die illegale Gesinnung, welche, so lange sie nicht geändert ist, den Rechtszustand zu einem bloß precären macht und allen Uebrigen stete Gefahr für die Zukunft droht. Es ist hierdurch außer allem Zweifel, daß der, welcher unsere Rechte verletzt hat, außer dem Zwang zur Entschädigung auch als

Gefahr Drohender es verschuldet hat, daß ihm Uebel zugefügt werden, folglich, wenn die übrigen Merkmale der Strafübel auf diese von ihm verwirkten Uebel passen, daß er es verdient habe, gestraft zu werden. 2) Die rechtliche Strafe hat keinen andern Zweck, als: künftige angedrohte Rechtsverletzungen zu verhüten. Daß der Zwang, welcher den gestifteten Schaden aufheben soll, nicht Strafe sei, wird durch den Sprachgebrauch bewiesen; der rechtliche Zweck derselben — als eines Zwangsmittels — muß mithin auf die Zukunft berechnet sein und in der Entfernung eines bevorstehenden Schadens bestehen. Aber zur Entfernung desjenigen bevorstehenden Schadens, welcher schon Noth gewirkt hat, kann Strafe ebenfalls nicht Statt finden, weil der Sprachgebrauch einem solchen Zwange den Namen der Nothwehr beigelegt hat; mithin kann ihr Zweck nur in der Aufhebung der durch Drohung begründeten entfernten Gefahr bestehen. Ihr Rechtsgrund ist die geschehene Drohung und die dadurch begründete Gefahr; ihr rechtlicher Zweck, durch Aufhebung ihres Rechtsgrundes ihre weitere Fortsetzung unnöthig zu machen. Sie trifft demnach den Strafbaren, weil er Gefahr droht; sie trifft ihn zu dem Ende, damit er nicht ferner Gefahr drohe. Dieser Zweck kann erreicht werden durch Unmöglichmachung der Ausführung der Drohung, aber auch in vielen Fällen durch Abschreckung. Mithin müßte auch bei der Strafe dieses Alles als Mittel zur Erreichung des Endzwecks gedacht werden. Endlich aber 3) wird bei der rechtlichen Strafe vorausgesetzt, daß sie der Gestrafte auch als ein durch seine Verschuldung verwirktes Uebel empfinden könne. Rechtliche Strafe ist demnach ein sinnliches Uebel, welches dem, welcher es als solches empfinden kann, zur Entfernung der von ihm gedrohten Gefahr durch Abschreckung desselben, oder Unmöglichmachung der Drohung zugefügt wird."

Wenn nun zunächst Grolman in consequenter Anwendung des Präventionssystems behauptet, daß schon durch die

Gesinnung ein Zwang oder eine Strafe rechtlich begründet werde und daß es gleichgültig sei, wodurch der Mensch seine illegalen Gesinnungen verrathe, so kommt er freilich zu dem irrigen Resultate, daß sich das Strafgebiet nicht etwa auf bloße Handlungen zu beschränken habe, sondern daß auch schon die bloß geäußerte Gesinnung zu bestrafen sei, während durch eine rechtswidrige Gesinnung an und für sich der Rechtszustand Aller, als das Feld der Wirksamkeit der Idee des Rechtes, nie als wirklich gefährdet, geschweige denn als gestört erscheinen kann, insofern die Gewißheit nicht vorhanden ist, daß sie zur That führt; abgesehen davon, daß bei der durch Zufall, oder eine außerhalb des Verbrechens liegende Thätigkeit unvollendet gebliebenen verbrecherischen Handlung dieselbe Strafe eintreten müßte, als bei der Vollendung, so daß jeder Unterschied zwischen dieser und dem Versuche verschwinden würde. Ja das Strafgebiet müßte auch auf alle die Fälle ausgedehnt werden, in welchen es gewiß ist, daß sich Jemand das Rechtsgesetz nicht zur heiligen Regel gemacht habe, da es unbestritten ist, daß Rechtsverletzungen nicht der einzige Grund zur Annahme einer rechtswidrigen Gesinnung sind. Auch könnte es nach Grolman gar keinem Zweifel unterliegen, daß Verbrechen, deren Wiederholung undenkbar wäre, ganz straflos bleiben müßten und daß mit dem Verschwinden einer Gefahr des Rechtszustandes, sei dieß die Folge eingetretener Reue oder veränderter Gesinnung, jedes Recht zur Bestrafung hinwegfallen müßte. Und wenn man ferner auch zugeben wollte, daß der Schluß von einem Verbrechen auf die Verübung einer neuen Verletzung des Rechtszustandes Billigung verdiene und daß also jedes Verbrechen einen Rückfall erzeugen würde, dem vom Staate vorzubeugen sei[4]), so folgt

---

[4]) Von Konopack in seiner Inauguraldissertation de juribus ex laesione oriundis ad juris naturae principia dijudicatis, Halae 1797, wird dieß freilich noch nicht zugegeben, indem er behaup-

daraus noch nicht einmal, daß je größer das Verbrechen, desto größer auch die Wahrscheinlichkeit zur Wiederholung sei, oder sich letztere wenigstens in allen Fällen gleich bliebe, indem gerade die Neigung zu geringern Verletzungen des Coexistenzialgesetzes tiefer eingewurzelt zu sein und die Verübung der schwerern Verbrechen überhaupt zu den seltenern Erscheinungen zu gehören pflegt. Und ebenso wenig würde nach der Erfahrung angenommen werden können, daß ein bestimmtes Verbrechen auf die Wiederholung desselben Verbrechens schließen lasse, weil selbst die schwersten Verbrecher erst durch Gewöhnung zu solchen werden, indem sie sich durch geringere Vergehen zu den strafbareren Handlungen heranbilden. Daß aber die Strafe dem vorangegangenen Unrechte zu folgen hat — so wie die Belohnung dem Verdienste folgt — und ohne Rücksicht auf eine durch jenes erzeugte Gefahr eintreten muß [5]), daß mithin der Zweck derselben nicht in der Verhütung künftiger angedrohter Rechtsverletzungen liegt, ergibt sich schon aus der einfachen Betrachtung, daß ein jeder Mensch nach seiner Individualität eine verschiedene Neigung zu Verbrechen oder Vergehen hat, und daß deßhalb, wollte man obigen Zweck erreichen, die Strafe nach der individuellen Beschaffenheit der Neigungen des Verbrechers, nicht aber nach dem vorliegenden Verbrechen, oder nach allgemeinen Normen zu bemessen sein würde. Eine solche Strafe aber würde in den allerwenigsten Fällen der Verschuldung des Verbrechers, auf die es doch nach Grolman bei der Strafzumessung allein an-

---

tet, daß die in dem Begriffe einer Drohung liegende Möglichkeit der Nichtausführung uns überzeugen müsse, daß durch das Präventionsrecht möglicher Weise einem Menschen Uebel zugefügt werden könnten, welcher nie wirklich Anderer Rechte verletzt haben würde.

5) Wer wird auch behaupten wollen, daß Jemand gestraft wird, nicht weil er Verbrecher ist, sondern weil es hätte einer werden können?

kommen soll, entsprechen und wäre auch in der That weder nach Rechtsprincipien zu rechtfertigen, noch auch vom Standpunkte der Criminal-Politik zu empfehlen, abgesehen von der äußersten Unsicherheit und Trüglichkeit einer Strafbestimmung, welche sich nur auf die subjective Seite einer Handlung stützen könnte. S. Henke's treffliche Kritik im Handb. des Criminalrechts I §. 19 B. 20, dessen Bemerkungen in der Schrift über den gegenwärtigen Zustand der Criminalrechtswissenschaft S. 67 f., Kleinschrod, system. Entwickelung II §. 11 und Köstlin, Neue Revision S. 811 ff. Auf dasselbe Resultat führt die ebenfalls eine Unterart der Specialpräventionstheorie bildende sogenannte zwangsrechtliche Theorie oder die Theorie vom rechtlichen Zwange von Schaffrath, Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts 1 H. 1841 §. 147 ff. §. 186. Der Rechtsgrund der Strafe, als des Zwanges oder der Nöthigung eines Andern, das Recht des Zwingenden nicht zu verletzen, liegt nach dieser Theorie darin, daß ohne dieselbe das Recht und die Sicherheit und Aufrechterhaltung desselben unmöglich sei. Auch verdient hier noch die von Reater Traité de droit criminel francais, Paris 1836, I. B. S. 3—20 vertheidigte Theorie der Prävention oder Abschreckung durch Drohung, modificirt durch das Princip der Gerechtigkeit, der Erwähnung. Sie betrachtet die Gerechtigkeit als den Regulator der wirklichen Anwendung des Mittels der Furcht, um den Vortheil zu erreichen, daß die Strafe als eine gerechte sich darstelle, begeht aber, wie Mittermaier richtig bemerkt hat, den Fehler, daß die Gerechtigkeit der Strafe nur zur Nebensache gemacht wird und sie consequent doch zu einer allzu harten Strafdrohung führt, indem Alles auf die Furcht vor der Strafe gestellt wird.

Bauer.

10) Die Strafrechtstheorie, welche Bauer in seiner Schrift: Die Warnungstheorie, Göttingen 1830, mit vielem

Scharfsinn durchgeführt hat, enthält unstreitig sehr viel richtige Argumente und muß, wie auch bisher geschehen, zu den gelungensten Versuchen der Begründung des Strafrechts gezählt werden. Sie ist häufig und namentlich auch von Mittermaier zu den gemischten Theorieen gerechnet worden, und dieß wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil sie neben der objectiven Größe des Verbrechens die — subjective — Gefährlichkeit für die Rechtsordnung zum Maaßstab der Strafbarkeit nimmt. Wir glauben ihr jedoch die von Bauer selbst in Anspruch genommene Stelle unter den einfachen relativen Theorieen um so mehr vorbehalten zu müssen, als nach ihr der eigentliche Zweck des Strafgesetzes und resp. der Strafe in möglichster Verhütung von Störungen des Rechtszustandes durch Warnung der Bürger mittelst der Strafdrohung besteht und die bei Ausmessung der Strafe leitenden Momente nur insofern Einfluß auf das Wesen eines Systems üben, als sie mit dem nothwendig gleichen Rechtsgrunde und Zwecke der Strafe zusammenfallen, wie dieß bei consequenter Durchführung der Abschreckungstheorie mit der Abschreckungsfähigkeit der Fall sein würde. Die generische Uebereinstimmung, um mit unserem Schriftsteller zu reden, der Bauer'schen Theorie mit der Feuerbach'schen ergibt sich theils aus dem Endzweck der Strafe, welche beide in Verhütung von Verbrechen setzen, theils aus dem Mittel, wodurch jener Strafzweck bewirkt werden soll, als der gesetzlichen Bedrohung unerlaubter Handlungen mit sinnlichen Uebeln; durch beides characterisiren sie sich als Androhungstheorieen. Ihre specifische Verschiedenheit wird bestimmt durch die für die Strafwürdigkeit geltenden Grundsätze, theils durch die Wirksamkeit der Warnung auf alle Entstehungsgründe der Verbrechen, im Gegensatz des bloß auf den Sinnenreiz berechneten physischen Zwanges, theils durch das von der bürgerlichen Strafbarkeit der Handlung statt von dem Zwecke des Strafgesetzes entlehnte Strafmaaß, theils durch die Begründung des Straf-

gesetzes und der wirklichen Bestrafung und die von Bauer unnöthig befundene Aufstellung eines besondern Rechtsgrundes der Bestrafung. Ergibt sich nun daraus schon, daß dem Bauer'schen Systeme der Vorzug vor dem Feuerbach-schen nicht zu bestreiten ist, so wird sich, um dieß sowohl, als auch die Mängel des erstern gehörig beurtheilen zu können, nöthig machen, die Bauer's Warnungstheorie entlehnten Grundsätze dem wesentlichen Inhalte nach hier einzuschalten.

„§. 15.

1) Die Staatsgewalt ist verpflichtet und berechtigt, solche Handlungen, welche die Rechtsordnung gefährden, im Allgemeinen möglichst zu verhüten. 2) Die Mittel zur Lösung dieser Aufgabe bestehen theils in der Volkserziehung, theils in Polizeianstalten, theils in Warnung der Bürger durch gesetzliche Androhung von Strafen, welche Mittel sämmtlich auf jenen Zweck wirken und zugleich wechselseitig ihre Wirksamkeit befördern. 3) Das in der Warnung der Bürger durch Strafdrohung liegende Mittel insbesondere ist nicht nur zweckmäßig und nothwendig, sondern auch rechtmäßig. 4) Diesem Allen zufolge gebührt also dem Staate das Strafrecht (die Strafgewalt), d. h. das Recht, die den Rechtszustand gefährdenden Handlungen, zur Warnung Aller, durch Gesetz mit Uebeln zu bedrohen und diese Uebel dem Uebertreter zuzufügen. Bei näherer Betrachtung der Natur dieses Rechts ergibt sich a) daß solches erst mit und aus dem Staate entsteht und daß es nur dem Staate zukommt. b) Das Strafrecht des Staats begreift theils das Recht der Strafgesetzgebung, theils die Strafjustizgewalt. c) Die Strafgewalt hat ihre natürlichen Grenzen, welche im Allgemeinen das Rechtsgesetz bestimmt. Diese Grenzen bestehen vorzüglich darin, daß nur wirklich strafwürdige Handlungen, diese aber sämmtlich, mit Strafen bedroht werden, und daß sowohl die Strafarten, als die Größe der Strafen, mit Rücksicht

auf Zweckmäßigkeit, Nothwendigkeit und Gerechtigkeit bestimmt werden.

§. 16.

Unter den Grundbegriffen der Strafrechtswissenschaft nimmt der Begriff des Strafgesetzes die erste Stelle ein. Denn auf demselben ruht theils der Begriff der Strafe, indem nur das durch das Gesetz angedrohte Uebel die Natur der rechtlichen (bürgerlichen) Strafe hat, theils der Begriff des Verbrechens, da rechtlich nur die Uebertretung des Strafgesetzes als Verbrechen anzusehen ist. Strafgesetz ist ein bürgerliches Gesetz, welches eine unerlaubte Handlung mit einem Uebel bedroht. Es besteht also in der gesetzlichen Erklärung, daß dem Uebertreter das gedrohte Uebel durch den Richter zuerkannt und wider ihn vollstreckt werden soll.

§. 18.

Strafe im rechtlichen Sinne (bürgerliche, rechtliche Strafe, poena forensis) ist ein, vom Staate, zur Warnung der Bürger vor unerlaubten Handlungen, durch Gesetz angedrohtes, und im Uebetretungsfalle, kraft dieses Gesetzes, zuzufügendes Uebel.

§. 20.

Bestimmung des Strafzweckes.

a) Zweck des Strafgesetzes. Das Strafgesetz, in seiner Richtung auf die Unterthanen, bezieht sich auf die Zukunft, auf mögliche Störungen des Rechtszustandes. Diesen will es im Allgemeinen möglichst zuvorkommen und hierin besteht A. sein Endzweck oder die letzte Wirkung, welche durch dasselbe hervorgebracht werden soll, nämlich Verhütung möglicher Störungen der Rechtsordnung, durch Bedrohung derselben mit Uebeln (Generalprävention). B. Der nächste oder unmittelbare Zweck des Strafgesetzes (also derjenige, welcher den eigenthümlichen Character einer jeden relativen Strafrechtstheorie bestimmt, und auf den es folglich hier ankommt)

besteht in Warnung der Bürger vor allen Störungen des Rechtszustandes, durch Androhung der Strafe.

§. 21.

Die Annahme eines besonderen Zweckes für das Strafurtheil und dessen Vollziehung ist an sich unrichtig und führt zu den nachtheiligsten Folgen, sowohl für die Theorie, als für die Anwendung.

§. 22.

Rechtsgrund der Strafe.

1) Der Rechtsgrund der gesetzlichen Androhung der Strafe ergibt sich aus dem oben gelieferten Beweise der Rechtmäßigkeit der Warnung der Bürger durch das Strafgesetz und besteht theils in der Nothwendigkeit dieser Warnung zur Erhaltung des Rechtszustandes, theils in der völligen Vereinbarkeit derselben mit der rechtlichen Freiheit der Bürger. II) Der Rechtsgrund der Bestrafung (der Strafzuerkennung, Strafzufügung oder des Strafurtheils und dessen Vollstreckung) besteht in der vorausgegangenen rechtsgültigen Verkündigung der Strafe mittelst des Gesetzes und in der geschehenen Uebertretung des Strafgesetzes."

Wie erwähnt verkennen wir nun zwar nicht, daß die Warnungstheorie, indem sie die Qualität und Quantität der Strafe unabhängig von dem Zwecke der Strafdrohung, ja nicht einmal nach dem der Warnung, sondern nach der mit der Strafwürdigkeit übereinstimmenden Gefährlichkeit für die Rechtsordnung bestimmt, sich nicht unwesentlich von der Feuerbach'schen unterscheidet und deßhalb den Namen einer versteckten psychologischen Zwangstheorie, oder modificirten Abschreckungstheorie, wogegen sich Bauer in den §. 33—44 seiner obigen Schrift ausdrücklich verwahrt hat, wohl nicht verdient hätte; da sie aber auf der andern Seite in vielen Hauptpunkten mit einander übereinstimmen, so mag uns verstattet sein, nur die Bedenken hier anzuführen, welche dem

eigentlichen Character der Warnungstheorie entlehnt sind [6]. Auffallend und inconsequent ist es erstlich, daß Bauer von seinem unmittelbaren Zwecke des Strafgesetzes, nach welchem er seiner Theorie den Namen gegeben, bei Bestimmung der Größe der Strafe, so wie des Strafgebietes, keinen Gebrauch gemacht, und daß er dadurch selbst die Anwendbarkeit und den Nutzen jenem Zwecke abgesprochen hat, wiewohl darin kein Tadel seines Systemes enthalten sein soll, zumal dadurch der den meisten andern Theorieen anklebende Nachtheil, daß sie der Politik einen unzulässigen Einfluß im Strafrechte gestatten, vermieden wird. Wünschenswerth wäre es aber gewesen, wenn er noch einen Schritt weiter gegangen wäre und die Warnung ganz aus dem Spiele gelassen hätte. Was ferner den Rechtsgrund der Bestrafung betrifft, so soll solcher in der vorausgegangenen rechtsgültigen Verkündigung der Strafe mittelst des Gesetzes und in der geschehenen Uebertretung des Strafgesetzes bestehen, dieß enthält aber nicht nur eine petitio principii, weil durch das Strafgesetz die Strafe schon als gesetzlich bestehend angenommen wird, sondern es würde auch damit ausgesprochen sein, daß von der Verkündigung einer Strafe auf gesetzlichem Wege der Begriff der rechtlichen Strafe bedingt wäre. Würde man aber darin einerseits zu weit gehen, so kann das Recht der Strafvollziehung als nothwendig in dem der Androhung mit enthalten nicht betrachtet werden, denn diese besteht lediglich und allein in der Erregung der Vorstellung des möglicher Weise eintretenden Verlustes von Gütern, die Vollziehung der Strafe

---

[6]) Daß Verbrechen nicht erst durch und mit Emanirung der Strafgesetze entstehen, daß auch Strafen aus einer andern Quelle fließen können, daß sie nicht nothwendig vorher gesetzlich angedroht sein müssen und daß z. B. das Gewissen ein wichtigeres und wirksameres Abhaltungsmittel von Verbrechen ist, als die Strafdrohung, bedarf deßhalb keiner Wiederholung.

in der wirklichen Effectuirung dieses Verlustes. Soll deßhalb nach Bauer die Strafvollziehung durch die vorherige Drohung bedingt, oder auch gerechtfertigt sein, indem jene gerade die richtige Anwendung der letztern auf den einzelnen Fall bilden müsse, so hat er dabei übersehen, daß die Vollziehung der Strafe, insofern sie in deren Realisirung besteht, gerade den Gegensatz der bloßen Drohung bildet und auch ohne diese ausführbar ist. Hepp spricht sich im §. 69 seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme im 1. Heft der Abth. II über den Rechtsgrund und Zweck der Strafe vom Standpunkte der Bauer'schen Theorie dahin aus, „daß diese, ihrer unverkennbaren Vorzüge vor der Feuerbach'schen ungeachtet, dennoch verfehlt sei, weil sie den wahren Zweck des Strafgesetzes verkennt, sich sofort auf den Standpunkt des positiven Gesetzgebers stellt, aus diesem — der doch nicht der rechtsphilosophische Standpunkt sein kann — die Begriffe von Verbrechen und Strafe ableitet und darin inconsequent ist, daß sie keinen besondern Zweck der Bestrafung (ja der Untersuchung, als solcher) anerkennt und umgekehrt das, worin das Wesen der Bestrafung bestehen soll, der Strafdrohung abspricht. Soll letztere nicht auch ein „reiner Act der Gerechtigkeit" sein, so kann sie nur unreiner Act der Criminalpolitik sein. Allein darin besteht eben der Vorzug der Bauer'schen vor der Feuerbach'schen Theorie, daß das Gesetz nicht durch Abschreckungs-, sondern durch gerechte, d. h. dem Grade der sub- und objectiven Verschuldung entsprechende, Strafen warnen soll." Zu vergleichen ist noch Bauer's Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, sein Versuch einer Berichtigung der Theorie des psychischen Zwanges im N. Archive des Criminalrechts Bd. 9 S. 429 f. und: Noch ein Wort über Strafrechtstheorieen von demselben im I. Th. der Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Srafprocesse Nr. 1, so wie Hepp's und Henrici's Kritiken.

L u c a s.

11) Eine gleich durchdachte Ausführung des Präventionssystems enthält die von Samhaber übersetzte Schrift des Franzosen Lucas über das Strafsystem im Allgemeinen, über die Abhaltungstheorie insbesondere, vorzüglich von der Todesstrafe. Er sieht die Strafe als Mittel der Besserung des Verbrechers, durch Beschränkung seiner Freiheit, an, und glaubt in der solchergestalt zu bewirkenden Wiederherstellung der moralischen Ordnung nach der, im Verbrechen liegenden, Störung den richtigen Weg der Begründung eines gerechten Strafmaaßes gefunden zu haben, während er namentlich dem Principe der Abschreckung den harten Vorwurf macht, daß es ein ebenso ungerechtes, als unzweckmäßiges Strafsystem und im Grunde nichts mehr, als ein System von verbrecherischen Handlungen sei, welche der Staat zu verüben sich ein Monopol angemaßt habe, eine bloße Nachahmung des Verbrechens unter dem irrigen Namen der Strafe. Um ihn zu verstehen, heben wir folgende Stelle obiger Schrift hervor:

„Es fehlt dem Staate nicht an genügenden Mitteln zur Abhaltung und Sicherung. Diese sind zwiefacher Art, nämlich 1) Mittel, um der Störung der moralischen Ordnung zuvorzukommen, und 2) Mittel, um sie nach der Störung wiederherzustellen. Was die ersteren betrifft, so gibt es, um dem Verbrechen zuvorzukommen, drei Mittel der Gerechtigkeit, welche vereint die dem Verbrechen vorausgehende Prävention bilden, nämlich 1) Entfernung der Motive, welche zum Verbrechen anreizen; 2) Aufklärung und sittliche Bildung, um den Bürgern eine kräftige Waffe gegen die Anreizungen der Sinnlichkeit zu geben; und 3) Erregung der Furcht, als Gegengewicht gegen die verführerischen Neigungen, und zwar sowohl der Furcht durch die Androhung des Gesetzes, als durch die Vollziehung desselben. Allein von der Furcht vor der Strafe, selbst der schwersten aller Stra-

fen, der Todesstrafe, darf der Staat keine großen Erwartungen hegen, weil nicht die Größe der angedrohten Strafe, sondern allein die Gewißheit ihres schleunigen Eintritts ein wirksames Motiv zur Abhaltung von Verbrechen ist. Denn wenn auch die äußerste Strafe angedroht wird, so kann doch der Staat dem Verbrecher nicht die Hoffnung rauben, unentdeckt zu bleiben, und in zweifelhaften Fällen nimmt der Mensch immer den günstigsten Ausgang der Dinge an. Daher ist Bentham's Theorie, nach welcher die Ungewißheit der Strafe in der Berechnung des Verbrechers durch einen erhöhten Grad ihrer Strenge aufgewogen werden soll, eine ganz irrige Theorie. Nur die Gewißheit des schleunigen Eintritts der Strafe kann als ein wirksames Abschreckungsmittel angesehen werden. Allein eine unbedingte Gewißheit, daß die Strafe schleunig dem Verbrechen folgen werde, ist von der menschlichen Gerechtigkeit nicht zu erwarten, und selbst dann, wenn dem Verbrecher unmittelbar bei seiner That Galgen, Rad und Schwert bevorständen, so würde auch dieses nicht einmal zur Abschreckung von Verbrechen ausreichen. Denn Leidenschaftlichkeit und Affect erkennen keine Zügel an, und es gibt außerdem immer Leute genug, welche die schwerste Strafe verachten. Es bleiben daher zur Begründung eines gerechten Strafsystems nur diejenigen Mittel übrig, welche die Wiederherstellung der moralischen Ordnung nach der Störung zum Zweck haben. Diese Mittel bilden die dem Verbrechen nachfolgende Prävention und bestehen darin, daß der Verbrecher von der Wiederholung des schon einmal begangenen Mißbrauchs der Freiheit abgehalten wird. Dieß geschieht durch die Beschränkung seiner Freiheit und durch die Besserung desselben, welche zugleich als eine wahre Pflicht des Staates zu seiner eigenen Erhaltung anzusehen ist."

Da Lucas sonach, die Besserung des Verbrechers als unmittelbaren Zweck der Strafe anerkennend, deren Quantität und Qualität nach dem Besserungsprincipe bestimmt und

alle Einwendungen gegen dasselbe auch gegen sich gelten lassen muß, so wird es keinen Anstoß finden, wenn wir unsere Ansicht über die Besserungstheorie im Allgemeinen aussprechen, ohne speciell auf die Lucas'sche Theorie einzugehen. Bei der Besserungstheorie kommt es vor Allem darauf an, welchen Einfluß man dem Principe der Besserung bei der Strafbestimmung und Strafzufügung gestattet. 1) Entweder nämlich betrachtet man dieselbe als den einzigen Grund und Zweck des ganzen Strafinstitutes, 2) oder man hält nur die Strafen für zulässig, welche und insofern sie so eingerichtet sind, daß sie die Besserung des Verbrechers bewirken, 3) oder man betrachtet die Besserung als das Ziel, oder wenigstens als einen wichtigen Zweck, den das bereits gerechtfertigte Strafinstitut zu erreichen suchen müsse. Sodann fragt es sich, welche Art der Besserung bezweckt wird, ob moralische oder politische Umwandelung und Veredelung des Sträflings, oder nur Gewöhnung an Fleiß, Ordnung und Reinlichkeit, indem durch die Strafe die äußern Hindernisse der Besserung entfernt werden sollen. Hierauf beschränkt sich z. B. Arnim, Bruchstücke über Verbrechen 1. Th. S. 98, während die moralische Besserung den Amerikanischen und Genfer Besserungssystemen zu Grunde liegt. S. Lucas, du système pénitentiaire en Europe, Paris 1828 u. 1830, 2 Vol.; Beaumont et Tocqueville, du système pénitentiaire aux états unis, Paris 1833; Neues Archiv N. F. I. Bd. S. 132 und die von Mittermaier in Note 3 zum §. 149 des Feuerbach'schen Lehrbuchs ed. 12 angegebene Literatur. Daß in der theils direct, theils indirect bezweckten Besserung der Rechtsgrund der Strafe nicht liegen kann, ist an sich klar; müßte aber der Nachweis dieses Grundes der Beantwortung der auf der Empirie beruhenden Frage, ob eine jede Strafe geeignet sei, Besserung des Verbrechers, als des von ihr zu erfüllenden Zwecks, zu wirken, vorausgehen, so dient dieß insofern nur zur Bestätigung, als, wie wir in unserem Sy-

steme nachgewiesen, Rechtsgrund und Zweck der Strafe zusammenfallen müssen. Will man aber, unbekümmert um jenen, die Besserung zum alleinigen, oder wenigstens zum Hauptzweck der Strafe erheben, so sollte man vor den Consequenzen einer solchen Annahme und der Schwierigkeit ihrer Durchführung bei ruhiger Betrachtung selbst am meisten zurückschrecken. Denn nicht genug, daß ganz unverbesserliche Verbrecher, deren die Geschichte der Menschheit leider aufweisen kann, ganz straffrei ausgehen müßten, weil je nachdem man die Strafe für ein Uebel oder für dessen Gegentheil hält, zwecklos Uebel mit Uebeln gehäuft, oder etwa Wohlthaten verschwendet würden, und daß culpose Verbrechen, da solche gewöhnlich nicht aus unmoralischer Gesinnung hervorgehen, ebenfalls von der Strafe nicht erreicht werden könnten, so reicht die objective Seite einer verbrecherischen That nicht aus, um einen sichern Schluß auf die Besserungsbedürftigkeit und die Besserungsfähigkeit ihres Urhebers ziehen zu lassen. Die Macht der Verhältnisse, der Zeitgeist, herrschende Vorurtheile, unbefriedigter Ehrgeiz können den bravsten Menschen zu einer Handlung verleitet haben, die er mit dem Augenblicke ihrer Vollendung bitter bereute. Umgekehrt aber kann es sich um die Bestrafung von Verbrechen oder Vergehen, selbst der niedrigsten Art, handeln, die nur ein schwaches und trügerisches Bild der verworfenen Gesinnung eines Menschen geben und deren Bestrafung ganz nutzlos sein würde, wenn es dabei nur auf die Besserung des Thäters ankäme, weil That und Gesinnung sich nur unter den gegebenen Verhältnissen entsprechen. Was aber namentlich die moralische Besserung betrifft, die freilich den hier angenommenen Strafzweck: Realisirung der Rechtsidee weit überschreitet, so müßte das Gebiet der Strafwürdigkeit, statt sich auf wirkliche Verbrechen und Vergehen zu beschränken, auf alle unsittlichen Handlungen ausgedehnt werden, weil sie, wie jene, die Immoralität bekunden und die Neigung zu

denselben erfahrungsmäßig gewöhnlich stärker eingewurzelt zu sein pflegt, als die zu rechtswidrigen Handlungen; ja consequent hätte sich das Strafgebiet sogar auf die bloß geäußerte Gesinnung zu erstrecken, auf deren Umwandelung es ja gerade ankommt, während in keinem Falle eine sichere Garantie der theilweis oder vollständig erfolgten Besserung vorhanden ist. Warum, ließe sich billig fragen, wollte man die Theilnahme eines solchen, die sittliche Besserung bezweckenden, Instituts auf Verbrechen oder Vergehen beschränken, statt sie wenigstens den unmoralisch Handelnden mit zuzugestehen? warum die Besserung durch ein so gesuchtes Mittel, als die Strafe ist, zu versuchen, das wenigstens in sehr vielen Fällen mit einem gelinderen und sichereren Mittel vertauscht werden könnte? Endlich müßte man, wie Mittermaier richtig bemerkt, bei den Verbrechen, wo nach der Erfahrung Besserung seltener eintritt, z. B. beim Diebstahl, bei der Fälschung, sehr lange Freiheitsstrafen drohen, während bei andern Verbrechen, die an sich schwerer sind, z. B. beim Todschlag, nur kurze Strafzeiten nothwendig wären, weil die Besserung hier gewöhnlich schneller eintritt. Wer bürgt auch dafür, daß alle Strafen, selbst bei der sorgfältigsten Auswahl und bei möglichster Beschränkung derselben auf Freiheitsentziehung, den wohlthätigen Einfluß der Besserung und nicht gerade das Gegentheil zur Wirkung haben? Ein größeres Gewicht darf deßhalb auch der Besserung im Strafrechte nicht zugestanden werden, als daß sie den Gesetzgeber bestimme, unter mehreren der Quantität nach gleichen Strafen, sobald nicht überwiegende Gründe entgegenstehen, diejenigen zu wählen, welche vor andern erfahrungsmäßig eine der Besserung günstige Wirkung äußern. Zu vergleichen ist übrigens noch: Spangenberg, über die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher mittelst des Pönitentiarsystems, als dem einzigen zulässigen Zwecke jeder Strafe u. s. w., frei nach dem Englischen, Landshut 1821; Reichmann, Betrachtungen über

das Strafrecht des Staates, 1836, S. 44 ff.; Stelzer, über den Willen. Eine psychologische Untersuchung für das Criminalrecht; und Henke, über den Streit der Strafrechtstheorieen, so wie endlich Wirth's Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1823; von Arnim, Bruchstücke über Verbr. u. Str. II S. 8 ff.

Fichte.

12) Fichte, dessen Theorie die der politischen Abbüßung genannt zu werden pflegt. Er erklärt, wie Jean Jacques Rousseau in seinem Contract social liv. II chap. 5, den Verletzer eines Gesetzes für aller seiner Rechte verlustig und vom Staate ausgeschlossen, gestattet ihm jedoch zu Vermeidung dieses Nachtheils in seinem und des Staates Interesse eine solche absolute Ausschließung in allen den Fällen, in welchen es die allgemeine Sicherheit gestattet, durch andere Strafen abzubüßen. Zur Kenntnißnahme seines Systemes mögen folgende seiner Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre Th. II S. 99 f. entlehnten Sätze dienen:

„Wer den Bürgervertrag in einem Stücke verletzt, verliert der Strenge nach alle seine Rechte als Bürger und als Mensch, und wird mithin völlig rechtlos. Denn es hat Jemand, zufolge des Rechtsbegriffs überhaupt, Rechte lediglich unter der Bedingung, daß er in eine Gemeinschaft vernünftiger Wesen paßt, d. h. daß er sich die Regel des Rechts zum unverbrüchlichen Gesetze seiner Handlungen gemacht, und fähig sei, durch die Vorstellung dieses Gesetzes auch wirklich in allen Aeußerungen seiner Freiheit, die unter demselben stehen, bestimmt zu werden. Dieses Verhältniß ist durch den Staatsbürgervertrag als solchen nicht geändert; auch der Bürger hat alle positiven Rechte, welche er hat, nur unter der Bedingung, daß die Rechte aller übrigen Bürger vor ihm sicher seien. Sobald dieses nicht ist, ist der Vertrag ver-

nichtet. Jede Vergehung schließt sonach vom Staate aus; der Verbrecher wird vogelfrei (exlex, hors de la loi), und diese Ausschließung müßte durch die Staatsgewalt executirt werden. Der Zweck der Staatsgewalt ist kein anderer, als der der gegenseitigen Sicherheit der Rechte Aller vor Allen, und der Staat ist zu nichts zu verbinden, als zum Gebrauch der hinreichenden Mittel für diesen Zweck. Wenn nun derselbe ohne jene absolute Ausschließung Aller, die sich auf irgend eine Weise vergangen haben, zu erreichen wäre, so wäre der Staat nicht nothwendig verbunden, die Strafe der Ausschließung auf Vergehungen, gegen welche er seine Bürger auf andere Art schützen könnte, zu setzen. Im Gegentheil, da dem Staate ebenso viel an der Erhaltung seiner Bürger gelegen sein muß, wenn nur sein Hauptzweck mit derselben zu vereinigen ist, als jedem Einzelnen daran liegt, nicht um jeden Vergehens willen für rechtlos erklärt zu werden, so würde es in jeder Rücksicht zweckmäßig sein, in allen Fällen, wo die öffentliche Sicherheit dabei bestehen könnte, an die Stelle der, der Strenge nach allerdings durch jedes Vergehen verwirkten Ausschließung, andere Strafen zu setzen.

Dieses nun könnte nur durch einen Vertrag Aller mit Allen geschehen, der dann Norm für die executive Gewalt würde. Der Inhalt dieses Vertrags würde sein: Alle versprechen Allen, sie, inwiefern dieß mit der öffentlichen Sicherheit vereinbar ist, um ihrer Vergehungen willen nicht von dem Staate auszuschließen, sondern ihnen zu verstatten, diese Strafe auf andere Weise abzubüßen. Dieser Vertrag könnte der Abbüßungs-Vertrag genannt werden. Er wäre nützlich für das Ganze und für den Einzelnen; und es folgte aus ihm ein sehr wichtiges Recht des Bürgers — abgestraft zu werden.

Die Strafe ist mithin (nicht absoluter Zweck, sondern nur) Mittel für den Endzweck des Staats, die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, und ihre alleinige Absicht ist, durch

ihre Androhung Rechtsverletzungen vorzubeugen. Der Zweck des Strafgesetzes ist, daß der Fall seiner Anwendung nie eintrete. Es soll durch die angedrohte Strafe der böse Wille unterdrückt, der fehlende gute Wille hervorgebracht werden, so daß es dann der Ausübung der Strafe selber nicht bedarf. Damit aber diese Absicht erreicht werde, muß jeder Bürger die gewisse Ueberzeugung haben, daß, wenn er das Gesetz übertritt, gegen ihn unabwendbar die Strafe in Erfüllung gehe."

Man könnte sich hiernach leicht versucht fühlen, das Fichte'sche System zu den gemischten zu zählen, wie dieß auch von Henrici S. 270 seiner mehrgedachten Schrift geschehen ist, indem er behauptet, daß dasselbe die Wiedervergeltungs-, Abschreckungs-, Präventions- und Besserungs-Theorie mit einander verbinde; für das Gegentheil entscheidet aber der oben ausgesprochene Grundsatz, daß die Strafe nicht absoluter Zweck, sondern nur Mittel für den Endzweck des Staates, die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit sei. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Fichte'schen Ansicht das relative Princip zu Grunde liegt, dagegen fragt es sich, ob und in wiefern die ihr eigenthümlichen Grundsätze, daß durch jede Vergehung im Staate Rechtlosigkeit des Uebertreters erwirkt werde, daß die Strafe ein Surrogat dieser Rechtlosigkeit sei, daß sie nicht bloß im Interesse des Staates, sondern des Uebertreters selbst, als dessen Recht, zugefügt und daß durch die wirkliche Strafe in Folge des Abbüßungsvertrages die geschehene Rechtsverletzung abgebüßt werde, nicht schon aus andern Gründen bedenklich und unhaltbar erscheinen. Dabei ist so viel gewiß, daß die Verletzung des Bürgervertrags den einzelnen Bürger ebenso wenig rechtlos machen, als dieß die Folge irgend eines Vertragbruches sein würde, aus welchem nur ein Anspruch auf Entschädigung und Erfüllung hergeleitet werden kann. Nähme man aber die Rechtlosigkeit eines jeden Uebertreters eines

Strafgesetzes an, so würde solche in den allermeisten Fällen als allzu harte Folge seiner Handlung erscheinen, ja bei den geringeren Vergehungen um so mehr, da sie bei jedem Verbrechen oder Vergehen, ohne Unterschied seiner Schwere, eintreten soll. Dieß soll zwar durch den Abbüßungsvertrag, in Folge dessen an die Stelle der durch jedes Vergehen verwirkten Ausschließung eine geringere Strafe treten soll, insofern dieß mit der öffentlichen Sicherheit vereinbar ist, gemildert werden, immer aber würde die wirkliche Strafe einen gerechten Ableitungsgrund vermissen lassen. Auch gebricht es nach dem Fichte'schen Systeme an einer festen Bestimmung des Strafgebietes, indem es von der Willkür der Gesellschaft abhängt, eine Handlung als mit der allgemeinen Sicherheit unverträglich zu erklären, während es andererseits die Strafe als überflüssig erscheinen lassen, mithin Straflosigkeit mit sich bringen müßte, wenn der Verbrecher sich selbst ein Leiden auferlegt, um sein Verbrechen abzubüßen, oder wenn andere Personen, z. B. der Verletzte, ihm ein solches Leiden auflegen würden. Eine ausführlichere Darstellung des Fichteschen Systemes findet sich bei Hepp §. 5—13 Abth. II seiner Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme, welcher sich namentlich über die in demselben angenommenen Principe für Qualität und Quantität der Strafe verbreitet, was wegen der Mannichfaltigkeit der Strafarten überhaupt, so wie wegen der Bedingungen, unter welchen Fichte namentlich die Besserung innerhalb eines peremtorischen Termines zuläßt, von Interesse ist. Vergl. auch Welcker, über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 222 und Henke's Schrift über den gegenwärtigen Zustand der Criminalrechtswissenschaft S. 73 ff. a. a. O. Nicht unzweckmäßig wird der Fichte'schen Strafe, als Aussöhnung des Verbrechers mit dem verletzten Staate, die Ansicht des Herzogs von Broglie und Reichmann's darüber entgegengesetzt, die sie als Aussöhnung des Verbrechers mit sich selbst auf-

fassen, der dadurch seinen innern Frieden wiedererlangen soll. Denn beide gehören zu den sogenannten Sühn- oder Expiations-Theorieen.

Schulze.

13) Die Selbsterhaltungstheorie oder Theorie der Nothwehr von Schulze, so wie sie in seinem Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Principien des bürgerlichen und peinlichen Rechts, Göttingen 1813, enthalten ist, deducirt das Strafrecht folgendermaaßen:

„So wie dem einzelnen Menschen das Recht der Selbstvertheidigung oder der Nothwehr zukommt, so hat auch der Staat, als moralische Person, das Recht der Selbstvertheidigung gegen seine Beleidiger. Strafwürdig sind solche Handlungen, die den Zwecken des Staats entgegenwirken. Diese müssen vom Staate zu seiner Selbsterhaltung geahndet werden. Strafe ist hiernach ein, dem Beleidiger vom Staate, zu seiner Selbsterhaltung zugefügtes Uebel. Die Bestrafung jeder vollbrachten oder beabsichtigten Beleidigung, sie mag von einem einzelnen Menschen, oder vom Staate verfügt werden, ist wegen ihres, auf die Selbsterhaltung gerichteten Zweckes ein Wirken gegen die, in der Beleidigung sich äußernde Thätigkeit, um diese aufzuheben, deren Absicht zu vereiteln und in Ansehung ihrer Wiederholung Sicherheit zu erhalten."

Zuvörderst kann die Strafe nicht unter den Begriff der Vertheidigung oder Nothwehr subsumirt werden, denn während noch nicht einmal constatirt ist, daß durch jedes Verbrechen die Existenz des Staates, in welchem dasselbe verübt wurde, gefährdet wird, und vorausgesetzt werden müßte, daß die Bestrafung der Verbrecher das einzige oder wenigstens zweckmäßigste Mittel der Aufrechterhaltung des Staates sei, so ist wenigstens so viel unbestritten, daß sich der Staat nach vollendetem Verbrechen nicht in einem solchen Nothstand befindet, wie Schulze angenommen hat, man müßte denn dar-

unter die Gefahr der Wiederholung verstehen, der der Staat möglicher Weise zuvorkommen, gegen die er sich aber, als der Zukunft angehörig, noch nicht vertheidigen kann. Deßhalb würde man sich unwillkürlich auf das Gebiet der Präventionstheorie versetzt sehen, welches jedenfalls einen festeren Boden hat, als das gegenwärtige. Denn die Vertheidigung findet nur gegen bereits begonnene Angriffe Statt, mit deren Vollendung kann von jener nicht mehr die Rede sein. Sodann wird, weil die Strafe nur zur Erhaltung des Staats vorhanden, mithin ihr Begriff mit letzterem erst gegeben sein soll, die Unmöglichkeit ihrer Existenz im außerstaatlichen Zustande ausgesprochen, wogegen selbst vom Schulze'schen Gesichtspunkte zu erinnern wäre, warum das von einer physischen Person gegen seinen Beleidiger zur Vertheidigung zugefügte Uebel nicht ebenfalls als Strafe bezeichnet werden sollte? Der Sprachgebrauch würde wenigstens kein Hinderniß abgeben können. Mit Recht macht auch Köstlin, Neue Revision S. 816 darauf aufmerksam, daß nach Schulze's Deduction aus dem Principe der Selbsterhaltung Rechte abgeleitet würden, die unmöglich darin liegen können. Und was den Maaßstab der Strafe betrifft, so müßten einerseits die politischen Verbrechen auf einer unverhältnißmäßigen Stufe der Strafbarkeit stehen, andererseits aber die culposen Vergehungen, da gegen sie keine Nothwehr stattfindet, bis zur Straflosigkeit herabsinken, nicht zu gedenken, daß, wenn es einmal nur auf den im Verbrechen liegenden Angriff ankommen sollte, auf die Reue des Verbrechers, so wie auf sein ganzes Verhalten, nach der That wenigstens, nicht die mindeste Rücksicht genommen werden dürfte. Noch einige andere Bedenken finden sich in Richters philosophischem Strafrechte S. 181—184.

Martin.

14) Weiter ausgebildet wurde die Schulze'sche Theorie von meinem verdienten Lehrer Martin, dessen System, un-

ter dem Namen: der Theorie der analogen Nothwehr des Staats, als moralischer Person, bekannt, in den §. 11 und 12 seines Lehrbuchs des gemeinen deutschen Criminalrechts den Hauptpunkten nach wie folgt deducirt worden ist:

„Da alle Menschen durch das Sittengesetz verpflichtet sind, in einer solchen Verbindung mit andern zu leben, welche man einen Staat nennt, so läßt sich das Recht der Staaten, zu existiren, nicht bezweifeln. Mit diesem Recht ist ihnen dann von selbst auch die Befugniß gegeben, gegen widerrechtliche Angriffe Anderer (Staaten oder einzelner Menschen) sich als moralische Person zu schützen und zu erhalten; denn jeder rechtlich bestehenden Person kann dieses Selbsterhaltungsrecht nicht abgesprochen werden. Da nun die Verletzung von Zwangspflichten, welche man Verbrechen nennt, nicht nur eine Kränkung irgend eines Berechtigten enthält, sondern auch außerdem noch eine Gefahr für das Fortbestehen des Staates, in welchem das Verbrechen verübt ist, veranlaßt, so kann man diesem widerrechtlich gefährdeten Staate, als moralischer Person, das Recht nicht bezweifeln, dem Urheber der drohenden Gefahr Uebel zuzufügen, welche von der Entschädigung des durch das Verbrechen Verletzten ganz geschieden sind und nur den Zweck haben, jene Gefahr für die moralische Person des Staats abzuwenden, d. h. Strafen gegen den Verbrecher zu verhängen. Soll diesem zu Folge das Strafrecht sich auf das Recht des Staats zu Erhaltung seiner selbst, d. h. auf eine Nothwehr des Staats, als moralischer Person gründen, so ist zu erweisen, daß jedes Verbrechen für den Staat selbst eine wirkliche Gefahr, und zwar die eines zum Mindesten schwer zu ersetzenden Nachtheils, widerrechtlicherweise herbeiführe; daß aber solche durch Strafe noch abgewendet werden könne, endlich daß durch keine anderen gelinderen Mittel diese Abwendung vollständig zu erreichen sei. — Da es nun eine bekannte Wahrheit ist, daß kein Staat fortbestehen könne, dessen Gesetze ihr Ansehen,

sogar in seinem eigenen Gebiete, verloren haben, und jedes Verbrechen, als die Verletzung einer vollkommenen oder Zwangspflicht (welche erst durch ein Gesetz ihr Dasein erhalten kann) nothwendig einen, wenigstens mittelbaren, Angriff auf das Gesetz enthält, welches der verletzten Zwangspflicht zur Quelle dient; so scheint eine unverkennbare Gefahr für das Ansehen der Gesetze und folgeweise für den Staat, welcher durch sie bestehet, vermittelst jedes Verbrechens erzeugt zu werden, und einen von dem Thäter nicht zu ersetzenden Gegenstand zu treffen. Gleichwohl ist dieser Nachtheil nur erst drohend, nicht bereits vollendet, denn durch die Zufügung einer angemessenen Strafe wird das Ansehen des übertretenen Gesetzes allgemein, d. h. sowohl bei dem Verbrecher, als auch bei allen übrigen Staatsbürgern, wieder befestiget. Strafe ist also ein zweckmäßiges Mittel, das Ansehen verletzter Gesetze zu sichern, und ohne sie wird dieser Zweck nicht vollständig zu erreichen sein. Wird sie endlich im Allgemeinen durch das Gesetz vor der That angedroht, um psychologisch gegen die Verübung des Verbrechens wirken zu können; so sind die gelinderen Mittel, jene Gefahr abzuwenden, auch zuvor erschöpft."

Ist hiernach die Verwandtschaft und resp. Uebereinstimmung der Martin'schen mit der Schulze'schen Theorie unverkennbar und hat sie deßhalb, wie diese, die aus der Nothwehr und Vertheidigung entlehnten Einwendungen gegen sich, so nähert sie sich auch der Theorie des psychologischen Zwanges, weil sie ebenfalls durch Strafdrohung von Verbrechen abschrecken, oder wenigstens jede zukünftige Gefahr wo möglich abwenden will. Wir wollen nunmehr, unter Bezugnahme auf das namentlich über den Maaßstab der Strafe von dem Schulze'schen Systeme Gesagte, Martin's Deduction des Strafrechtes einer kurzen Prüfung unterwerfen. „Da alle Menschen, sagt er, durch das Sittengesetz verpflichtet sind, in einer solchen Verbindung mit einander zu leben, welche

man einen Staat nennt, so läßt sich das Recht der Staaten, zu existiren, nicht bezweifeln." Dieß scheint uns zwar so lange richtig, als der gegenwärtige, oder überhaupt ein aus der Erfahrung entnommener Zustand menschlichen Beisammenlebens in's Auge gefaßt wird, dann aber nicht gegründet, wenn der bei Begründung einer Strafrechtstheorie allein entscheidende philosophische Standpunkt angenommen wird, denn von diesem würde es sich nicht bloß um die Fortexistenz des Staates, sondern ebensowohl auch um dessen Entstehung, als der Grundbedingung oder des Wesentlichsten alles Seins, handeln, und von einem Rechte von etwas Nichtexistirenden kann, weil es dem Rechte eben an dem Subjecte, seinem Träger, fehlt, natürlich nicht die Rede sein. „Mit diesem Rechte ist ihnen dann von selbst auch die Befugniß gegeben, gegen widerrechtliche Angriffe Anderer sich als moralische Person zu schützen und zu erhalten. Denn jeder rechtlich bestehenden Person kann dieses Selbsterhaltungsrecht nicht abgesprochen werden." Dieß muß mit der angegebenen Beschränkung als richtig zugegeben werden. „Da nun die Verletzung von Zwangspflichten, welche man Verbrechen nennt, eine Gefahr für das Fortbestehen des Staates, in welchem das Verbrechen verübt ist, veranlaßt, so kann man diesem widerrechtlich gefährdeten Staate, als moralischer Person, das Recht nicht bezweifeln, dem Urheber der drohenden Gefahr Uebel zuzufügen, welche den Zweck haben, jene Gefahr für die moralische Person des Staates abzuwenden, d. h. Strafen gegen den Verbrecher zu verhängen." Dagegen läßt sich Folgendes erinnern. Wenn auch politische Verbrechen, Hochverrath und dergleichen, eine Gefahr für das Fortbestehen des Staates erzeugen und gegen dieselben Nothwehr, nicht aber nach dem mißlungenen Versuche, oder der Vollendung [7]) Strafe begründet wäre, so läßt sich dieses bei allen

[7]) Da bei jenem die Gesetze nicht an Ansehen verloren, bei dieser

übrigen Verbrechen nicht behaupten, weil, wie Luden in seiner Vorrede zur Uebersetzung der Genesis des Strafrechtes von Romagnosi S. 30 richtig bemerkt, das Verbrechen in der That keinen Angriff auf das Gesetz, worin Martin die Gefahr findet, sondern bloß eine Umgehung oder Ueberschreitung desselben enthält, und nach dem Zeugniß der Geschichte häufig in einem Staate Gesetze, ohne ausdrücklich aufgehoben zu sein, durch bloße Nichtbeobachtung außer Anwendung gekommen sind und ihr Ansehen verloren haben und jene dennoch in gesundem oder krankhaftem Zustande fortbestanden haben, nicht zu gedenken, daß die Existenz jedes Staates wegen der unentdeckt und unbestraft gebliebenen Verbrechen fortwährend gefährdet wäre. Und jedenfalls könnte endlich bei der nach geschehener Beleidigung eintretenden Strafe nicht von Abwendung der Gefahr, sondern nur von Wiederherstellung des verletzten Ansehens der Gesetze oder höchstens von Abkürzung der Gefahr, zumal solche nicht in dem im Verbrechen liegenden Reiz zur Nachahmung liegen soll, die Rede sein. Nothwehr, wie Vertheidigung aber setzen eine bevorstehende, eine gegenwärtige Gefahr voraus. Dieß wird weiter ausgeführt von Luden in der oben erwähnten Schrift S. 32 der Vorrede. Martin hält nun zwar den durch das Verbrechen herbeigeführten Nachtheil nur erst drohend, indem durch die Zufügung einer angemessenen Strafe das Ansehen des übertretenen Gesetzes allgemein befestigt werde, allein auch darin möchte er zu weit gehen, weil man sonst zu dem Resultate kommen würde, daß die Strafe des Gesetzes halber angedroht und zugefügt werde, wogegen man noch mehr protestiren muß, als gegen die umgekehrte, von Feuerbach adoptirte Behauptung, daß die Strafe durch das Gesetz bedingt werde. Ja man kann nicht einmal behaupten, daß das übertretene Gesetz im Sinne

---

die Form des Staates eine andere geworden ist, wodurch gerade der Verbrecher die Strafgewalt in den Händen haben kann.

Martin's durch die Strafe in seinem Ansehen wieder befestigt werde und werden müsse und daß daraus die Nothwendigkeit der Strafe hervorgehe. Denn dann müßte die leider allzu häufige Wiederholung von Verbrechen zu den auffallendsten Erscheinungen gehören. Es würden dann aber auch, was Hepp nicht ohne Grund urgirt hat, Strafen gedroht und zugefügt, oder Strafgesetze erlassen und in Wirksamkeit gesetzt, um das Ansehen der Gesetze selbst zu befestigen, und das sicherste Mittel, die Gefahr zu vermeiden, welche durch Verletzung von Strafgesetzen für den Staat entstände, würde sein, gar keine Strafgesetze zu geben; denn in diesem Falle wäre eine Verletzung derselben nicht einmal denkbar. Ueber das Verhältniß der Martin'schen Theorie zu der des psychologischen Zwanges und der Erstattungstheorie sehe man Bauer's: Warnungstheorie S. 368 und 369, und außerdem ist die Neue Revision Köstlin's S. 816 ff. zu vergleichen, der unter andern Mängeln der Martin'schen Deduction hervorhebt, daß in ihr übersehen sei, daß in einem Rechtsgesetze, das aus der Nothwendigkeit der Freiheit deducirt ist und deßhalb auch nur durch diese zum wirklichen Dasein kommen kann, eben diese Freiheit eine wesentliche Potenz bildet, die daher nicht dem Ganzen schlechthin zum Opfer gebracht werden darf.

Romagnosi.

15) Der Italiener Romagnosi hat in seiner Genesi del'diritto penale, Milano 1823—24, 3 Vol. 8., übersetzt von Luden, eine Theorie des Strafrechts aufgestellt, welche mit der Schulze'schen und Martin'schen am meisten übereinstimmt, aber auch mit der Feuerbach'schen einige Verwandtschaft hat. Ueber ihr Verhältniß unter einander enthält Luden's Uebersetzung in der Vorrede einige treffende Bemerkungen. Romagnosi raisonnirt so:

„Es gehört zum Begriffe der Strafe, daß der zu Strafende ein Uebel erleidet, wegen einer begangenen Missethat. Wenn es folglich ein Recht zu strafen geben soll, so muß es ein Recht geben, Jemandem ein Uebel zuzufügen. Aber alle Menschen haben ein Recht auf Dasein und Wohlbefinden. Sie haben deßwegen nothwendig auch ein gleiches Recht, sich allen Angriffen entgegenzusetzen, die wider ihr Dasein und Wohlbefinden unternommen werden. Dieses Recht ist das Vertheidigungsrecht, welches die Gesellschaft, so wie der Einzelne hat. Eine wesentliche Bedingung aber für das Recht, Jemanden anzugreifen, ist die Nothwendigkeit, ihm ein Uebel zuzufügen, um uns gegen das Uebel zu schützen, welches uns bedrohet oder trifft. Also wird, um die Strafe zu rechtfertigen, bewiesen werden müssen, daß in der Gesellschaft ein vergangenes Verbrechen, wenn es unbestraft bleibt und mit der Zukunft in Verbindung gebracht wird, diese Nothwendigkeit hervorbringt. Die Nothwendigkeit liegt in der mit jedem Angriff verbundenen gewissen Gefahr für die Gesellschaft und jene entsteht durch den in der Straflosigkeit der Verbrechen liegenden Reiz zu fernern Verbrechen, welcher nur durch die Furcht vor einem dem Verbrechen folgenden Uebel unterdrückt werden kann. Da nun die Strafe darauf berechnet ist, durch ihre vorherige Androhung von Verbrechen abzuhalten und den sinnlichen Triebfedern der Verbrechen das Gegengewicht zu halten, so muß sich das Maaß der Strafe nach der Stärke dieser Motive richten."

Die meisten Bedenken, welche uns gegen Romagnosi's System erhoben werden zu können scheinen, haben schon bei andern Strafrechtslehrern, namentlich dem obengenannten und Welcker Erwähnung gefunden, weßhalb wir uns mit der Bemerkung darauf beziehen zu dürfen bitten, daß, wenn man die Strafe als relativ, d. h. hier für den Fall eines geschehenen Angriffes, nothwendiges Mittel der Erhaltung des Staates betrachtet, die Frage nach der Begründung des Straf-

rechtes eigentlich ganz hinwegfällt, daß aber damit für unsere Aufgabe noch nichts gewonnen wird, weil von der Nothwendigkeit des Gebrauches eines Mittels noch nicht auf das Recht des Gebrauchenden geschlossen werden darf. Und wiewohl Romagnosi zur Salvirung seines Systemes das Recht der Vertheidigung auf den Fall drohender Gefahr beschränkt und jedes Strafrecht verwirft, das nicht auf das Recht der Vertheidigung sich gründe, und deßhalb consequent in jedem zu Ende gebrachten Angriff eine gegenwärtige Gefahr — welche in dem in der Straflosigkeit der Verbrecher liegenden Reize zu fernern Verbrechen liegen soll — für die Gesellschaft erblickt und diese erweislich zu machen sucht, so läßt sich dennoch die Strafe nach seiner Ansicht nicht in allen Fällen rechtfertigen. Denn wollte man jenen Reiz auf den Verbrecher selbst beschränken, so müßte sie wenigstens überflüssig werden, wenn sich derselbe ein der Strafe gleiches oder noch schwereres Uebel selbst zufügte, im entgegengesetzten Falle aber, in welchem diejenigen, welche von dem Verbrechen Kenntniß erhalten, den bei ihnen entstandenen Reiz zu neuen Verbrechen auf gleiche Weise unterdrücken könnten, käme man zu der wunderlichen Annahme, daß sich Jeder zu Verbrechen überhaupt und sogar gleichmäßig anreizen lasse. Möglicher Weise erhält ja das Criminalgericht allein Wissenschaft von einem Verbrechen und müßte, wenn die Gefahr nicht allein auf Seiten des unbestraften Verbrechers liegen soll, um sein selbst willen strafen. Uebrigens ist sein Zweck, Sicherstellung der Gesellschaft vor fernern Verbrechen und Vertheidigung derselben gegen eine drohende, aber noch nicht zur That gewordene Gefahr, lediglich auf die Zukunft gerichtet, so daß in jedem Falle erst der Erfolg der bereits zugefügten Strafe, die Erfahrung den Beweis zu liefern hat, ob derselbe erreicht, ob mithin die Strafe selbst zweckmäßig eingerichtet wurde. Auch Carmignani hält das Strafrecht für Vertheidigungsrecht.

E h r h a r d t , K l e i n s c h r o d , U n t e r h o l z n e r , H e p p .

16) Endlich rechtfertigen einige Schriftsteller, wie Ehrhardt, Kleinschrod und Unterholzner, zum Theil auch von Almendingen, die Strafe in abstracto durch unmittelbare Einwilligung in den Staatsvertrag und die von dem Staate ergriffenen Mittel der Schützung der Rechte, was aus dem doppelten Grunde nicht angeht, weil mit dem Begriffe des Staates der der Strafe noch nicht gegeben und eine Schranke für das Strafrecht kaum aufzufinden wäre, und weil der Staat, welcher die Macht dazu besitzt, auch die grausamsten Strafen für nothwendig und dadurch für gerecht erklären könnte. S. Ehrhardt's Dissertatio de fundamento jur. pun., Leipz. 1793, Kleinschrod's Systematische Entwickelungen Th. II §. 9 und Unterholzner's Juristische Abhandlungen S. 200 f.

Ueber die sogenannte bürgerliche Strafgerechtigkeitstheorie, welche, den Gegensatz theils von den moralischen und göttlichen Gerechtigkeitstheorieen, theils von den reinen Nutzenstheorieen bildend, mit Recht alle besondern Zwecke der Strafe verwirft und die den Theorieen der Selbstvertheidigung oder der Nothwehr des Staates und der Vergütung des ideellen Schadens am nächsten steht, sehe man Hepp's Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme II Abth. 1. Heft S. 7 ff. u. a. a. O., bei der wir nur höchlichst bedauern können, daß sie nach ihrer Tendenz eine systematische Entwickelung der Ansichten ihres gründlichen Verfassers vermissen lassen mußte. Dieß ist denn auch der Grund, weßhalb wir auf dieselbe näher einzugehen erhebliches Bedenken finden mußten. Die bürgerliche Gerechtigkeitstheorie mußte um deßwillen hier unter den relativen Theorieen ihre Erwähnung finden, weil sie darauf hinausgeht, die Rechtsordnung i m S t a a t e aufrecht zu erhalten, und in die Sicherung und Erhaltung der Rechtsordnung i m S t a a t e den unmittelbaren Rechtsgrund der Strafe setzt. Richtig ist es zwar, daß, wor-

auf Häberlin in seinen Grundsätzen des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern S. 14 aufmerksam gemacht hat, sämmtliche neuern Gesetzbücher diesen Gesichtspunkt angenommen haben, allein hieraus ist deßhalb gegen das absolute Princip um deßwillen nichts herzuleiten, weil sich die Legislatoren auf einem, sie der Frage nach der Begründung des Strafrechtes überhebenden, Standpunkte befinden, indem von ihnen das Recht der Bestrafung im Staate vorausgesetzt wird, während es gerade die Aufgabe der Wissenschaft ist, zu untersuchen, ob und wodurch ein solches Recht wirklich begründet ist.

Uebersicht.

Vorrede.

Abtheilung I.

Die Concessionalgerechtigkeitstheorie der Strafe. S. 1.

Kapitel 1. Vom Rechte überhaupt . . . . . . S. 1

Kapitel 2. Von der Strafe 17

Kapitel 3. Vom Strafrecht 22

Kapitel 4. Vom Principe des Strafrechtes . . 35

Abtheilung II.

Kurze Darstellung und Beurtheilung der wichtigsten übrigen neuern Theorieen über die Begründung des Strafrechtes. S. 53.

Kapitel 1. Von den absoluten oder Gerechtigkeitstheorieen . . . . S. 54

1) Kant 56

2) Zachariä 60

3) Hegel 63

4) Jacob (Abicht) 68

5) Henke 72

6) Abegg 78

7) Richter 84

8) Luden 88

9) Köstlin 99

10) Wagner 102

11) Schmid 104

12) Stahl 108

13) von Lynk 112

Kapitel 2. Von den zusammengesetzten oder gemischten Theorieen des Strafrechts 116

1) Rossi 117
2) von Kapff 120
3) Henrici 123
4) Mittermaier 130
5) von Preuschen 133
6) Möhl 135
7) Krug 137
8) Welcker 138
9) Leyser (Wächter) 142

Kapitel 3. Von den relativen Theorieen des Strafrechtes 144

1) Beccaria 146
2) Bentham 148
3) Klein 149
4) Schneider 152
5) Gmelin 153
6) von Droste Hülfshoff 156
7) von Feuerbach 159
8) von Groß 172
9) Grolman (Schaffrath — Reater) 175
10) Bauer 180
11) Lucas (Spangenberg) 187
12) Fichte 192
13) Schulze 196
14) Martin 197
15) Romagnosi 202
16) Ehrhardt, Kleinschrod, Unterholzner, Hepp . . . 205

Werne

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Freytag, Albert

Die Concessionalgerechtigkeits-Theorie des Strafrechtes nebst einer kurzen Darstellung und Beurtheilung der wichtigsten übrigen neuern Theorieen der Begründung des Strafrechtes

Gotha 1846

Crim. 99 d
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394323-8